El presente libro expone que el derecho no puede entenderse más como un conjunto exclusivo de normas. El derecho es también argumentación y procedimientos. El derecho centrado en la argumentación es un derecho vivo, dinámico, que entiende que lo jurídico está conformado por elementos culturales, sociales y contextuales, en donde el operador jurídico debe abrevar para encontrar las soluciones de los casos.

La argumentación no es tarea sólo de los jueces y de las autoridades administrativas, es igualmente una ocupación de los legisladores, los dogmáticos, las partes en los procesos y, en términos gruesos, de la multitud de intérpretes jurídicos que existen en cualquier comunidad humana. El derecho ha dejado de estar sólo en los códigos y en las leyes y ha pasado a ocupar su lugar en las decisiones de autoridades y jueces, y sobre todo en el debate cotidiano de la multitud de intérpretes jurídicos. El desarrollo del Estado de derecho y de la democracia se mide en función de la calidad y profundidad de la deliberación argumentativa.

La atribución o determinación de sentidos que se hace con las normas y con el contexto a partir de las precomprensiones del intérprete es lo que define el derecho. Hace algunos años y por el influjo del positivismo tradicional veíamos el derecho desde la óptica del legislador, ahora se ve preponderantemente desde las visiones del juez, y eso implica un cambio fundamental en la cultura jurídica. Aunque en el caso de nuestro país, tendríamos que preguntarnos si esto es así.

LA ARGUMENTACIÓN COMO DERECHO

JAIME CÁRDENAS GRACIA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

LA ARGUMENTACIÓN COMO DERECHO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 210

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Edición y formación en computadora

Mauricio Ortega Garduño
Elaboración de portada

JAIME CÁRDENAS GRACIA

LA ARGUMENTACIÓN COMO DERECHO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2018

Primera edición: 2005
Primera reimpresión: 12 de enero de 2006
Segunda reimpresión: 31 de julio de 2007
Tercera reimpresión: 9 de mayo de 2016
Cuarta reimpresión: 28 de septiembre de 2018

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-970-32-2415-9

CONTENIDO

Prólogo XI
Miguel CARBONELL

Introducción 1

CAPÍTULO PRIMERO
INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y ARGUMENTACIÓN 7

I. Hermenéutica e interpretación 8
II. La aplicación del derecho 16
III. La argumentación 20
IV. Recapitulación 35

CAPÍTULO SEGUNDO
MODELOS DE DERECHO Y ARGUMENTACIÓN 37

I. Introducción 37
II. El neoconstitucionalismo 39
III. Un breve repaso al iusnaturalismo, realismo y positivismo tradicional 45
IV. La interpretación en el modelo positivista basado en reglas: Kelsen y Hart 56
V. El modelo dworkiano: principalista e interpretativo 65
VI. El derecho como procedimientos: Alexy 73
VII. El modelo garantista: Ferrajoli 85
VIII. Recapitulación 96

CAPÍTULO TERCERO
LOS PRINCIPIOS Y SU IMPACTO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y JUDICIAL 103

I. Introducción 103
II. Sobre el carácter del derecho 106
III. Tipos de normas 107
IV. Las normas jurídicas 108
V. Las reglas y los principios 111
VI. La crítica a los principios 114
VII. Las funciones de los principios 117
VIII. Los principios y el nuevo paradigma del derecho 119
IX. Conclusiones 123

CAPÍTULO CUARTO
LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS ANTINÓMICOS 125

I. La solución de antinomias en las reglas jurídicas 125
II. La solución de antinomias entre principios jurídicos 129
III. Los distintos criterios y métodos de solución de antinomias entre principios jurídicos 132
IV. Criterios provenientes de las teorías estructurales de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales . 136
V. El principio de proporcionalidad 142
VI. Análisis sobre el principio de proporcionalidad. Su justificación 147
VII. Recapitulación 152

CAPÍTULO QUINTO
LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL 155

I. Introducción 155
II. Las explicaciones iniciales 157

III. La posición de los originalistas 159
IV. El impacto de los principios. La polémica europea: Kelsen y Schmitt 162
V. Las visiones desde la política: Ackerman y Ely 167
VI. La lectura de Ely y Ackerman en Iberoamérica: Nino, Gargarella y Ferreres 172
VII. Lecturas generalmente empleadas 178
VIII. Una visión francesa: Rousseau y Troper 187
IX. Hablemos de Habermas 190
X. ¿Cómo legitimar al juez constitucional? 194

Conclusiones 201

Bibliografía 225

Por nuestros dieciocho años: A María de la Luz

La argumentación como derecho, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 28 de septiembre de 2018 en los talleres de Impresora Gráfica Hernández, S. A. de C. V., Cordobanes 369, colonia Evolución, Ciudad Nezahualcóyotl, 57700 Estado de México, tel. 6424 5388. Se utilizó tipo *Times New Roman* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *cream book* 70 x 95 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

El presente libro expone que el derecho no puede entenderse más como un conjunto exclusivo de normas. El derecho es también argumentación y procedimientos. El derecho centrado en la argumentación es un derecho vivo, dinámico, que entiende que lo jurídico está conformado por elementos culturales, sociales y contextuales, en donde el operador jurídico debe abrevar para encontrar las soluciones de los casos.

La argumentación no es tarea sólo de los jueces y de las autoridades administrativas, es igualmente una ocupación de los legisladores, los dogmáticos, las partes en los procesos y, en términos gruesos, de la multitud de intérpretes jurídicos que existen en cualquier comunidad humana. El derecho ha dejado de estar sólo en los códigos y en las leyes y ha pasado a ocupar su lugar en las decisiones de autoridades y jueces, y sobre todo en el debate cotidiano de la multitud de intérpretes jurídicos. El desarrollo del Estado de derecho y de la democracia se mide en función de la calidad y profundidad de la deliberación argumentativa.

La atribución o determinación de sentidos que se hace con las normas y con el contexto a partir de las precomprensiones del intérprete es lo que define el derecho. Hace algunos años y por el influjo del positivismo tradicional veíamos el derecho desde la óptica del legislador, ahora se ve preponderantemente desde las visiones del juez, y eso implica un cambio fundamental en la cultura jurídica. Aunque en el caso de nuestro país tendríamos que preguntarnos si esto es así.

www.juridicas.unam.mx

ISBN 978-970-32-2415-9

PRÓLOGO

Gustavo Zagrebelsky comienza su conocido libro *El derecho dúctil* diciendo que lo que se propone hacer en el texto es "reunir una serie de elementos relativos a la Constitución y a sus transformaciones en lo que hoy es —por usar una fórmula mucho más rica de contenido de lo que parece a primera vista— el 'Estado constitucional' que se ha venido construyendo en Europa. No se pretende decir nada nuevo, pues todos estos elementos son bien conocidos. Pero es el conjunto lo que destaca. De la visión general se obtiene una idea del derecho que parece exigir una profunda renovación de numerosas concepciones jurídicas que hoy operan en la práctica".[1]

No encuentro una frase que se ajuste más al contenido del libro que el lector tiene entre sus manos. De lo escrito por Zagrebelsky deben cambiarse solamente dos palabras: el libro de Jaime Cárdenas no se refiere única o principalmente a la Constitución, y su ámbito de reflexión no se circunscribe a Europa. Cárdenas dedica las páginas de su libro no al derecho constitucional sino a la teoría del derecho, intentando construir un modelo de aplicación general para sus problemas actuales, pero haciendo siempre referencia al ordenamiento jurídico mexicano. Por lo demás, creo que el objetivo de Cárdenas es idéntico al de Zagrebelsky: ir ofreciendo al lector una serie de piezas que pudieran sonar conocidas pero que, vistas en conjunto, nos revelan una forma de pensar sumamente original y contienen una imagen del ordenamiento que muy pocos juristas mexicanos —si es que alguno— habían visto, analizado y explicado anteriormente.

Tomemos por ejemplo el caso del papel que juegan los principios en la forma de argumentar de los juristas o los criterios para solucionar antinomias. ¿De qué forma se explican en México esos dos temas? Si revisa-

[1] Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 4a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2004, p. 9.

mos los materiales clásicos con los que estudiamos los cursos generales de teoría del derecho o introducción al estudio del derecho, nos daremos cuenta de que la exposición de tales temas es bastante anticuada y que no sirve para resolver una gran cantidad de problemas prácticos que se están presentando día a día ante nuestros jueces y tribunales.[2] O mejor dicho, no es que las explicaciones tradicionales no sirvan para solucionar los problemas de la realidad, sino que los resuelven de una manera harto deficiente, impropia de un país que aspira a ser un Estado constitucional de derecho.

¿Qué observamos en las sentencias de nuestra Suprema Corte cuando tiene que aplicar los múltiples principios que contiene nuestra Constitución? Aunque algo ha comenzado a cambiar en los años recientes, en general se puede decir que la forma de razonar de nuestros ministros es idéntica a la que tenían los jueces europeos o estadounidenses del siglo XIX: en su mentalidad, y por lo tanto en su *praxis* judicial, todavía no han entrado conceptos como los de razonabilidad, ponderación, proporcionalidad, contenido esencial, coto vedado, no regresividad, fundamentalidad, principio de prevalencia, reenvíos, sentencias de nulidad sin inconstitucionalidad, recomendaciones al legislador, diálogo constitucional, etcétera.[3]

No se trata de ver en ese atraso cuestiones de incapacidad personal de quienes actualmente desempeñan tan importante función; más bien se trata de un reflejo muy claro del enorme atraso de nuestra cultura jurídi-

[2] Quizá eso sea lo que explica, en parte, la buena acogida de lectores que ha tenido la publicación en México de textos de autores de otros países referidos a esos temas. Tómese, por ejemplo, la obra de Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, que en poco tiempo ha alcanzado ya seis ediciones (la sexta, ampliada, es de 2004 y la publican conjuntamente, como las anteriores, la editorial Porrúa y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

[3] Hay que señalar, sin embargo, que dichos conceptos (y todas las consecuencias que de ellos derivan en cuanto a la calidad de la argumentación jurídica), sí se observan en varias de las sentencias de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Se trata de un caso que habría que estudiar con detenimiento, pues por la novedad de la materia y por la carrera que anteriormente habían desarrollado la mayoría de sus integrantes, no habría elementos previos que permitieran suponer un desarrollo argumentativo tan riguroso y actualizado. Esto no quiere decir, sin embargo, que el Tribunal no se haya equivocado en algún caso concreto (el propio Cárdenas ha criticado varios de sus pronunciamientos), pero lo cierto es que el nivel argumentativo de sus sentencias sobresale en el panorama judicial mexicano, sobre todo cuando se comparan con las sentencias de la Suprema Corte.

ca. Aunque lo más lamentable es que suceda en nuestro máximo tribunal, lo cierto es que en idénticas o peores condiciones se encuentra por lo general (y con notables excepciones, como la que representa el autor de este libro) la cultura jurídica de nuestros ministerios públicos, jueces locales, notarios, magistrados de circuito, profesores universitarios e investigadores.

De ahí la enorme importancia del esfuerzo que Jaime Cárdenas ofrece en este texto: se trata de una enorme puesta al día de cuestiones sabidas pero que se habían dejado en el olvido por décadas. Lo que nos ofrece Cárdenas es un ensayo para que la cultura jurídica mexicana sea capaz de mirar de frente a las culturas jurídicas más avanzadas del mundo. Para lograr su objetivo va recorriendo una serie de temas de primera magnitud dentro del pensamiento jurídico contemporáneo y las distintas formas de enfocarlos que existen. Luego de la exposición de las principales tendencias, visiones o escuelas, Cárdenas siempre nos ofrece su propio punto de vista, permitiendo de esa forma que el lector conozca con claridad lo que piensa el autor. Sobra decir que, como en el resto de sus libros anteriores, también en éste las opiniones de Cárdenas suelen tener un tono marcadamente crítico.

La opción intelectual que toma Cárdenas por hacer una crítica del derecho vigente (no solamente del derecho positivo, sino sobre todo de la forma de interpretarlo y representarlo que se tiene en México) no nos debe extrañar, pues estamos ante un autor que ha tenido un liderazgo académico importante en nuestro país justamente a raíz de haber tomado desde hace más de una década ese rumbo. Y los frutos que ha dado hasta el momento han sido de una calidad notable. Cuando casi nadie pensaba en ello, Cárdenas publicó en 1994 una excelente composición que nos explicó en pocas páginas los rumbos, los caminos posibles y las opciones que se planteaban en ese entonces para la transición mexicana a la democracia.[4] Dos años más tarde irrumpía de nuevo en el adormilado escenario académico nacional para plantear una crítica radical a la Constitución vigente y proponer sin rodeos su sustitución por una nueva;[5] con el paso

[4] Cárdenas, Jaime, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

[5] Cárdenas, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996 (hay una reimpresión de 2000).

del tiempo nos hemos dado cuenta de que esa postura se terminará convirtiendo en la única posible si queremos que México sea de verdad un Estado constitucional de derecho con todas sus consecuencias, pues con el texto actual es imposible que ese propósito se realice. La misma visión crítica, pero en otra vertiente, llevó a Cárdenas a prolongar en el terreno académico su firme compromiso como servidor público al escribir una extensa y detallada explicación de dos de los procesos administrativos y judiciales que más han contribuido a revelar la trama de corrupción que construyeron para su beneficio los dos principales partidos políticos en las elecciones federales de 2000.[6]

En *La argumentación como derecho* se nota más el talante de Cárdenas como profesor. Lleva varios años haciéndose cargo de una cátedra en el posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y varias partes de su libro provienen directamente de su experiencia en las aulas, como lo explica el mismo autor en la introducción. Lo anterior se refleja en el tono didáctico y meridianamente claro que utiliza en su exposición; también es lo que justifica la extensión del capítulo de conclusiones, en el que el autor resume el contenido de su libro, quizá con la intención de sugerir a sus alumnos las claves para contestar el examen del curso.

Desde luego, como en todo ensayo sugerente y propositivo, el autor defiende criterios que quizá no sean compartidos por todos sus lectores. A mí, por ejemplo, no me convence su argumentación, dentro del capítulo quinto, sobre la necesidad de que el Consejo de la Judicatura Federal se integre casi exclusivamente por miembros del propio Poder Judicial federal. Si se toma en cuenta la larga y no rota tradición endogámica y de alguna manera corrupta con que se ha conducido por décadas nuestro Poder Judicial, quizá haya elementos razonables que nos sugieran la pertinencia de aportar un poco de oxígeno exterior al órgano encargado de vigilar el desempeño de los jueces federales. De la misma forma, quizá haya bastantes razones para ponderar con mayor detenimiento la idea de incluir un porcentaje fijo del presupuesto dedicado al Poder Judicial en el texto de la Constitución. Creo que hay suficientes indicadores empíricos y normativos (en México y en el derecho comparado) para meditar esa propuesta que se ha venido defendiendo en los últimos años y a la que se adhiere nuestro autor.

[6] Cárdenas, Jaime, *Lecciones de los asuntos Pemex y Amigos de Fox*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

De todas formas, son divergencias menores, de detalle o matiz, las que se pueden tener con este importante texto. Lo que queda al final es una obra con enormes aportaciones que nos pone al alcance una perspectiva moderna, sostenida con muchas lecturas, de los principales teóricos de la actualidad, de lo que debe ser el derecho. Sabiendo lo que *debe ser*, la lectura del libro de Jaime Cárdenas debe servirnos a todos para ir acercando la realidad del ordenamiento jurídico mexicano hacia ese paradigma. Y debemos hacerlo literalmente entre todos, pues como señala el autor: "La argumentación no es tarea sólo de los jueces y de las autoridades administrativas, es también tarea de los legisladores, de los dogmáticos, de las partes en los procesos y, en términos gruesos, de la multitud de intérpretes jurídicos que existen en cualquier comunidad humana". Esta concepción es muy parecida a la que expone Luigi Ferrajoli, que con Zagrebelsky y Alexy es quizá el mejor representante de la nueva forma de entender el Estado constitucional (es decir, del neoconstitucionalismo), cuando señala que "es evidente que la efectividad de un derecho no depende solamente de los procedimientos formales de averiguación y sanción de sus violaciones, sino sobre todo del sentido común que se va formando en torno al mismo en la práctica social y del valor normativo que se le atribuye en la comunicación política".[7] Se refiere Ferrajoli a los derechos fundamentales, pero en realidad, ¿no se podría decir lo mismo del conjunto del ordenamiento jurídico?, ¿no depende la efectividad del Reglamento de Tránsito del sentido que le demos a los semáforos y del respeto que cada conductor sienta en la práctica social por los peatones, más allá de las sanciones que establezca la norma y de la dureza con que las autoridades las apliquen?

Lo que se concluye con la lectura del libro de Cárdenas es que debemos darle un nuevo *sentido* al derecho;[8] para hacerlo, tenemos en esta obra todas las herramientas necesarias. El resto está en nuestras manos.

Miguel CARBONELL

[7] Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, p. 122.

[8] No por casualidad ese es justamente el título de un excelente libro de Manuel Atienza, de quien tanto hemos aprendido los que hacemos ciencia jurídica en México y cuyas obras Cárdenas cita repetidamente en su texto: Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2002.

INTRODUCCIÓN

En 1939, el jurista sueco, profesor de la Universidad Lund, Karl Olivecrona, publicó un conocido libro que en la traducción española se llamó *Derecho como hecho*.[1] Olivecrona, dentro del realismo jurídico, hacía hincapié en los elementos vivos, dinámicos y empíricos del derecho. Olivecrona quería destacar del derecho el elemento definitorio del mismo que otros juristas se han preocupado también en encontrar. Kelsen vio el derecho como norma y ordenamiento. Hart como haz de reglas primarias y secundarias. Dworkin, ahora como una práctica interpretativa, y antes como una combinación de reglas, principios y directrices. Podría seguir mencionando autores que han intentado distinguir, aprehender algún elemento clave o fundamental del derecho. Recientemente, Manuel Atienza ha señalado en algunos artículos que el derecho es sobre todo argumentación.[2]

Estoy convencido de que el derecho es un fenómeno muy complejo. Compuesto de elementos diversos y expresión de una cultura y de una práctica social. Sin embargo, la argumentación que de las distintas piezas del derecho en su relación con el contexto social, económico y político se hace, constituye una expresión clara de que el derecho de nuestros días es sobre todo argumentación. Ésta es la expresión discursiva de la tolerancia, del desarrollo de la cultura jurídica y de la civilidad de un pueblo.

La argumentación no es tarea sólo de los jueces y de las autoridades administrativas, es también tarea de los legisladores, de los dogmáticos, de las partes en los procesos y, en términos gruesos, de la multitud de intérpretes jurídicos que existen en cualquier comunidad humana.

[1] Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Barcelona, Labor, 1980.

[2] Atienza, Manuel, *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 6, 1997.

El derecho de nuestro tiempo está muy alejado de aquella concepción estrictamente normativista, o peor, de la que definía el derecho en función del producto del legislador. El derecho en términos simples implica, por un lado, una estructura normativa en donde encontramos distintas clases de reglas, de principios y directrices, y, por otro, está constituido por procedimientos, muchos de los cuales son discursivos y argumentativos. Esta última parte dinámica es la que interesa a este libro, porque es manifestación de la cultura jurídica de un pueblo y porque permite calibrar el tipo de derecho que se tiene en una sociedad. No es que se devalúe la parte del derecho normativa, sino que se entiende que esa faceta normativa viene previamente definida por una cierta concepción del derecho —la del legislador— que al entrar en contacto con los casos adquiere significados que son el resultado de la labor argumentativa de las autoridades y de los ciudadanos.

La atribución o determinación de sentidos que se hace con las normas y con el contexto a partir de las precomprensiones del intérprete es lo que define el derecho. Hace algunos años y por el influjo del positivismo tradicional veíamos el derecho desde la óptica del legislador, ahora se ve, preponderantemente, desde las visiones del juez, y eso implica un cambio fundamental en la cultura jurídica. Aunque en el caso de nuestro país tendríamos que preguntarnos si esto es así. Si se sigue viendo el derecho desde el mirador del legislador o desde el mirador del juez. Es verdad que ambas ópticas son necesarias y que ninguna debería suplantar a la otra, lo cierto es que conviven y se encuentran en permanente tensión, no exclusivamente jurídica sino también política.

Pensar el derecho como argumentación es algo positivo para la discusión jurídica en nuestro país. Mis razones son las siguientes: primera, porque siempre ha ocurrido así; segunda, porque cada vez más, los aplicadores del derecho adquieren una preponderancia mayor en cuanto a su independencia respecto al Poder Ejecutivo; tercera, porque el derecho legislado ha sido históricamente incapaz de afrontar los múltiples problemas que la realidad plantea; cuarta, porque el derecho no es una colección de axiomas y ello obliga a argumentar sobre las normas y los casos; quinta, porque los llamados casos difíciles no pueden resolverse mediante el silogismo y la subsunción; sexta, porque el derecho es una manifestación cultural en donde las personas interactuamos con razones; séptima, porque las mismas reglas legislativas son razones para la acción; octava,

porque en condiciones democráticas, participativas y deliberativas, la solución de los casos de relevancia no es sólo cuestión de un argumento de autoridad; novena, porque el derecho es una realidad viva que adquiere sentidos con la interpretación, y décima, porque las posibles soluciones a los casos son diversas, no existe una, y la autoridad está obligada jurídica y democráticamente a justificar su opción.

Las razones anteriores y otras que se podrían esgrimir muestran que la argumentación es un elemento clave en la concepción del derecho. En el presente libro se intenta abordar el fenómeno del derecho y la argumentación proponiendo cinco temas que generan los cinco capítulos de este trabajo. El primero se ocupa de la interpretación, la aplicación y la argumentación desde el trasfondo de la hermenéutica. El segundo desarrolla una hipótesis casi evidente: que la argumentación es consecuencia y expresión del modelo de derecho del que se parte. El tercero bucea en torno a los materiales normativos y al impacto de los principios en la argumentación y en los nuevos paradigmas del derecho. El cuarto intenta exponer cómo se solucionan los conflictos entre principios jurídicos. El último analiza distintas teorías de la legitimidad democrática del juez constitucional.

La hermenéutica es un marco conveniente para analizar la interpretación, la aplicación y la misma argumentación porque rescata para el derecho su carácter de práctica social, porque señala la importancia de la precomprensión del intérprete en la definición de los sentidos y significados, porque evita que la interpretación se entienda como algo lineal, mecánico, sin referencia al contexto y al ordenamiento, y porque la interpretación, la aplicación y la argumentación entrañan una comprensión y una praxis. Los conceptos a interpretar, aplicar y argumentar no son unívocos, presentan dificultades, dado que su análisis y determinación de significado viene en buena medida condicionada por la teoría de la argumentación y del derecho de la que se eche mano.

En el capítulo segundo se exploran distintos modelos del derecho. Así, sobre el modelo actual que algunos llaman neoconstitucionalismo, pero también en cuanto a otros tradicionales que tienen su origen en el formalismo, el realismo y el iusnaturalismo. Se intenta explicar, además del modelo jurídico en cuestión, el impacto que ese modelo particular tuvo en la interpretación y aplicación del derecho. Se hace un recuento sucinto de la obra de Kelsen, Hart, Dworkin, Alexy y Ferrajoli, para ir ad-

virtiendo el papel de la argumentación o de la interpretación en esas formulaciones teóricas.

La distinción entre reglas y principios es una de las diferenciaciones capitales de nuestro tiempo. Tiene un impacto directo en la concepción del derecho y en la interpretación. Explica además el nivel de desarrollo de la cultura jurídica. El no advertir esa distinción impacta no sólo en el derecho sino en la percepción que los ciudadanos tienen de los aplicadores del derecho. Los jueces mexicanos están obligados a interpretar todo el derecho y no sólo la ley. Las decisiones deben ser orientadas también por principios y no sólo por reglas. Sostengo que la reforma judicial en México no entraña exclusivamente un cambio en el modelo argumentativo judicial, pero que el modelo argumentativo basado en principios sí modificaría en nuestro país la concepción de derecho. Creo que no debemos aspirar a jueces ideales pero sí preguntarnos si los actuales cumplen las exigencias que la sociedad demanda, jueces que no sólo conozcan el derecho sino que asuman la conciencia moral del momento histórico. La argumentación, afortunadamente, no es patrimonio exclusivo de los aplicadores del derecho. Nos corresponde también a la sociedad. En otras palabras, es momento de construir en México una sociedad abierta de los intérpretes constitucionales y jurídicos, en donde una de las variables para medir el nivel de democracia sea la amplitud con la que se argumente y delibere el derecho.

Distintas vías o métodos existen para interpretar principios. Una de esas vías es la aplicación del principio de proporcionalidad que auxilia en la solución de conflictos entre principios, sobre todo entre principios constitucionales. En el capítulo cuarto se exponen diferentes métodos de solución de antinomias entre principios, pero nos decantamos por el principio de proporcionalidad, el que se describe en sus características fundamentales, haciendo la oposición con métodos que proponen una jerarquización entre principios *a priori* y definitiva.

En el último capítulo se abordan las distintas cuestiones referidas a la legitimidad democrática de los jueces. Se pretenden contestar preguntas muy difíciles como las siguientes: ¿por qué el Poder Judicial, que no es producto de una elección popular, puede invalidar una ley emanada del Legislativo?, ¿cómo la decisión democrática puede ser interferida por quienes no representan a nadie?, ¿en nombre de qué, las generaciones pasadas pueden atar a las generaciones futuras?, ¿por qué parece que en

el Estado constitucional democrático de derecho el poder se traslada del legislador al juez?, ¿cómo se puede conciliar la legitimidad democrática con los derechos humanos? Sobre estos asuntos no existen, como en otros temas del derecho, respuestas unívocas. La pretensión es explicar un sinnúmero de teorías que han buscado dar alguna respuesta a estas cuestiones. Al final del capítulo esbozo una posición particular sobre tan espinoso y difícil tema.

Existe un apartado ulterior en donde se condensan las conclusiones de los cinco capítulos. La intención es presentar las principales ideas del libro de manera accesible al lector.

Este libro es producto de algunos años de clases impartidas en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de nuestra máxima casa de estudios. Durante esos años he dado cursos relacionados con la teoría del derecho y las teorías de la argumentación. Muchos de los puntos de vista aquí sostenidos son el resultado del diálogo mantenido con los alumnos. A ellos agradezco su asiduidad, sus preguntas y reflexiones. Todos esos elementos me han servido de acicate para escribir estas líneas.

Cuando comencé a escribir estos capítulos me pregunté muchas veces si debía escribir un manual de interpretación o de argumentación. Mi respuesta fue negativa. En principio, aunque los considero útiles para la exposición de clase, no soy partidario de los manuales. Prefiero la monografía o el ensayo, pues estos géneros implican algo más que la sistematización del conocimiento, propenden a presentar las ideas desde puntos de vista menos ortodoxos y, pienso, más ricos y sugerentes.

He pretendido exponer puntos de vista novedosos en torno a las teorías de la argumentación. Considero que es importante divulgar el debate en la cultura jurídica contemporánea y hacerlo desde la óptica del autor. De esta manera, no sólo se brinda la sistematización de un área de estudio, sino que se ofrecen comentarios propios en torno a cuestiones de importancia en la teoría y en la dogmática jurídica.

Los cinco temas que conforman el capitulado de libro no son, ciertamente, los únicos que la teoría de la argumentación debate. Creo que hay otros, sin lugar a dudas, que deben ser materia de otros trabajos. Entre ellos me refiero a la posibilidad de la interpretación *contra legem*, a los ilícitos atípicos producto de violaciones a principios jurídicos y al tema de las lagunas a nivel de principios, entre otros, importantísimos apartados de la argumentación.

También considero que a nivel filosófico debe plantearse el tema de la argumentación desde la visión de las distintas corrientes hermenéuticas y de la filosofía analítica. Sería interesante estudiar, por ejemplo, argumentos jurídicos especiales con distintos enfoques hermenéuticos y/o analíticos.

Un asunto que igualmente resultaría interesante sería el analizar las relaciones entre las técnicas de la argumentación en el derecho con las formas y maneras de argumentación existentes en la historia, la filosofía y la teología, por poner sólo algunos ejemplos. Creo, verbigracia, que los métodos de argumentación histórica serían muy útiles para elaborar acercamientos en materia de argumentación jurídica sobre pruebas o hechos.

Como puede apreciarse, la tarea respecto a la argumentación es inmensa. Cuando Viehweg inició hace cincuenta años estos estudios seguramente nunca imaginó la multitud de puertas que se abrirían para la reflexión. La argumentación es hoy la pieza clave del derecho y creo que lo será por mucho tiempo. El derecho ha dejado de estar sólo en los códigos y en las leyes, y ha pasado a ocupar su lugar en las decisiones de autoridades y jueces, y sobre todo en el debate cotidiano de la multitud de intérpretes jurídicos que componen una comunidad.

Termino estas líneas introductorias para agradecer a mi familia, que siempre me brinda su apoyo afectuoso. A mis dos hijos, Mariluz y Santiago, que son el aliciente para mis esfuerzos, y a mi esposa María de la Luz, que en todo momento, en las duras y en las maduras, está a mi lado.

Al Instituto de Investigaciones Jurídicas, casa abierta y plural de las interpretaciones, también mi agradecimiento, en especial a su director, Diego Valadés, siempre presto a apoyar las investigaciones de los miembros de la comunidad universitaria.

CAPÍTULO PRIMERO
INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y ARGUMENTACIÓN 7

I. Hermenéutica e interpretación 8
II. La aplicación del derecho 16
III. La argumentación 20
IV. Recapitulación 35

Capítulo primero

INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y ARGUMENTACIÓN

Este capítulo tiene por propósito presentar los conceptos básicos o fundamentales sobre el objeto de estudio de este libro. Se analizará aquí lo que significa interpretar, aplicar y argumentar. Estos tres conceptos rectores e introductorios son puestos a análisis desde las escuelas analíticas, hermenéuticas y propiamente argumentativas.

Por ser un capítulo introductorio se explica que en las posiciones argumentativas, el derecho es sobre todo argumentación. En el pasado se explicaba el derecho principalmente desde la norma y de los conceptos jurídicos vinculados a ella, como la sanción, la heteronomía, su carácter externo y bilateral. Ahora, y por la importancia que tiene la clasificación del material normativo, sobre todo los principios y valores, más la influencia de las escuelas hermenéuticas y procedimentales, se admite que el derecho es sobre todo argumentación. Se trata, por tanto, de ver al derecho desde un lado o desde una óptica poco explorada, pues las tradicionales lo vieron esencialmente como norma.

En el capítulo queda claro cómo surge el interés por analizar el derecho desde la argumentación. Esto se debió, por un lado, al resurgimiento del interés en la tópica y la retórica en el derecho, y por el otro, el papel de los principios, mismo que se detallará en los capítulos segundo y tercero, y principalmente, la revisión de las escuelas positivistas tradicionales que han sido cimbradas en sus categorías dogmáticas, como se expondrá de manera más extensa en el capítulo segundo.

La argumentación como derecho es una superación de la interpretación tradicional del derecho centrada en métodos interpretativos que son incapaces de dar cuenta, por ejemplo, de problemas derivados de los conflictos entre principios, éstos son resueltos por el principio de proporcionalidad, que es un método argumentativo que se describe y analiza en el capítulo cuarto.

Entender la argumentación como derecho, o viceversa, implica que la seguridad jurídica no tiene la solidez formal del pasado, entraña que la seguridad jurídica ya no es producto de un silogismo sino de un ejercicio argumentativo que puede poner en cuestión la legitimidad democrática de los juzgadores, sobre todo cuando son los árbitros constitucionales que definen las disputas más importantes y que realizan, para algunos, el papel de legisladores negativos. Por eso, en el capítulo quinto se abunda sobre la legitimidad democrática de los jueces. Las teorías de la argumentación y la manera de razonar en los tribunales constitucionales contribuyen a preguntarnos en dónde reside la legitimidad democrática de los jueces constitucionales.

Es importante decir que no sólo los principios han alterado o modificado la visión contemporánea del derecho. Las nuevas formas de argumentar responden a una nueva cultura jurídica —en buena medida hermenéutica— que obliga a que los juristas respiremos aires diferentes a los basados en el positivismo tradicional.

A tal grado es importante la argumentación que autores como Raz o Summers entenderán el Estado de derecho desde la argumentación. Bien podríamos decir que no puede concebirse el derecho contemporáneo si prescindimos de la argumentación y lo seguimos concibiendo como norma, ya sean reglas, principios o valores.

I. Hermenéutica e interpretación

La interpretación del derecho es una cuestión capital de la ciencia y filosofía jurídicas. ¿Cómo interpretar el derecho?, ¿qué métodos y técnicas interpretativas deben seguirse para encontrar las soluciones a los casos prácticos y justificar las decisiones de los jueces y autoridades?, ¿es la interpretación que hacen los dogmáticos o científicos del derecho semejante a la de los prácticos?, ¿existe ante un caso difícil una sola solución correcta o podemos manejar distintas alternativas de solución?, ¿cómo justificar formal y materialmente las decisiones? Y un largo etcétera de asuntos o temas que no tienen respuestas claras o definitivas.

La interpretación, y no sólo la jurídica, es parte de lo que se conoce en la filosofía como hermenéutica,[3] aunque existan otras posturas como la

[3] La hermenéutica no es unívoca. Existen diversas posturas y concepciones acerca de lo que es la hermenéutica. Algunos autores conciben al menos dos formas de herme-

proveniente de la escuela analítica, la cual establece: una conexión entre la filosofía y el lenguaje; la crítica a todo tipo de metafísica; la actitud positiva hacia el saber científico, y el reconocimiento de que el análisis constituye una condición necesaria del filosofar. La hermenéutica, por su parte, se caracteriza por los siguientes rasgos: *a)* su antipositividad, en cuanto considera que el derecho no son sólo reglas dictadas por el legislador, el derecho es sobre todo práctica social que se entiende necesariamente desde su interpretación y aplicación; *b)* la precomprensión, esto es, que la relación con un texto jurídico depende del contexto en el que se inscribe, necesita de experiencias previas, de "pre-juicios"; *c)* la interpretación no puede verse en forma atomista y lineal, sino que es una actividad circular entre el texto normativo, el caso, el ordenamiento y el contexto, y *d)* el sujeto de la interpretación siempre está situado en una determinada perspectiva; el conocimiento jurídico es al mismo tiempo comprensión y praxis.[4]

La hermenéutica como "arte" pertenece al ámbito de la *scientia* práctica, un saber que no es de naturaleza teórica ni técnica. Se trata de un saber que analiza los fenómenos de la comprensión y de la interpretación de los objetos en su sentido más originario. En el caso de la hermenéutica jurídica que utilizan los aplicadores del derecho, la búsqueda de la solución no es una mera subsunción del caso particular de algo general (los textos o formulaciones normativas), sino la determinación de la norma correcta en un sentido formal y material a ciertas circunstancias de hecho, para que esa decisión normativa sea complementaria o perfeccionadora del derecho.[5] La relación entre el texto o formulación normativa y la interpretación de la autoridad no es mecánica ni es exacta conforme a una necesidad lógica racional, como sucede en las matemáticas. Se trata de una relación dialéctica, en donde el texto condiciona la lectura y vice-

néutica: la metafórica y la analógica. Sobre estos temas véase Beuchot, Mauricio, *Hermenéutica analógica y del umbral*, Salamanca, San Esteban, 2003; Ricoeur, Paul, *La metáfora viva*, editorial Europa, 1980; Vattimo, Gianni, *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura postmoderna*, Barcelona, Gedisa, 2000. Para una historia de la hermenéutica véase Ferraris, Maurizio, *Historia de la hermenéutica*, México, Siglo XXI, 2002. También se recomienda, del mismo autor: *La hermenéutica*, México, Taurus, 2001.

[4] Atienza, Manuel, *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2001, pp. 105-107.

[5] Gadamer, Hans-Georg, "Hermenéutica", *Verdad y método*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1994, t. II, pp. 363-373.

versa. Además en la interpretación jurídica no sólo se determina el significado de los textos normativos sino también de los hechos que se conectan con esos textos. Es una forma de interpretar los sucesos a través, en una vía de ida y vuelta, de los textos y las instituciones jurídicas. Los textos normativos exigen algo más que el análisis lingüístico. Exigen un círculo hermenéutico establecido entre el intérprete, las formulaciones normativas y los hechos, para enlazar la operación semántica con la operativa y provocar la conversión de la norma en hecho. El mundo de la experiencia jurídica no se deja reducir al universo intelectual del formalismo lógico o teórico.[6]

Frosini indica que

> ...No se puede interpretar internamente el derecho sin haber asumido antes el presupuesto de lo que es el derecho, para así proceder al examen de las cuestiones que se consideran jurídicas. Por otra parte, no se puede interpretar el sentido del derecho en su conjunto sin haber tomado conciencia de su articulación en un ordenamiento jurídico. La interpretación jurídica está siempre fundada en un "círculo hermenéutico", esto es, en una relación dinámica y continua que se establece entre el sujeto y el objeto de la interpretación, entre el intérprete y el texto legal y el hecho, entre la posición específica y puntual del intérprete y su conciencia jurídica global, conforme a la cual el intérprete piensa y actúa, vive su experiencia de vida como jurista.[7]

En este sentido, Linares Quintana afirma que es un error sustituir e intercambiar los términos interpretación y hermenéutica, dado que la interpretación es aplicación de la hermenéutica, y por lo tanto la interpretación no sería más que la concreción a los casos de los principios y bases del planteo hermenéutico.[8] Lo que tiene base de razón, en tanto que el

6 Véase Frosini, Vittorio, *La letra y el espíritu de la ley*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 57-72.

7 *Ibidem*, p. 80.

8 Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 41-43. En esas mismas páginas Linares Quintana sostiene un diálogo sobre esta cuestión con el jurista peruano Domingo García Belaúnde, y recuerda cómo la voz hermenéutica proviene del sustantivo griego *hermeneia*, que a su vez viene del verbo *érmeneum*, que probablemente tenga alguna vinculación con el Dios Hermes... Hermes, hijo de Júpiter y Maya, hija de Atlas, era el intérprete o el mensajero de

objetivo fundamental de toda hermenéutica es la compresión de estructuras de sentido, es el acercamiento al texto a través del contexto, pues ningún marco interpretativo es arbitrario ni tampoco objetivo si se entiende por ello algo perfecta y absolutamente lógico.

Dentro del debate entre los filósofos analíticos y hermenéuticos podemos encontrar comparaciones que arrojan luz sobre ambas escuelas, en especial sobre la hermenéutica. Las características comparativas son las siguientes:

a) La filosofía analítica se refiere al lenguaje jurídico, mientras que la filosofía hermenéutica privilegia el discurso, esto es, entenderla en cuanto tejido de un mundo y de una vida común.
b) El filósofo analítico tiende a considerar que los elementos jurídicos últimos, las unidades del derecho, son los enunciados normativos y las proposiciones normativas; para el filósofo hermenéutico, la unidad lingüística es el discurso, la norma es vista como argumento, como razones.
c) El filósofo analítico entiende la interpretación como atribución de significado; el filósofo hermenéutico considera al derecho en su conjunto como una práctica interpretativa.
d) El filósofo analítico separa la ciencia jurídica y el derecho; el filósofo hermenéutico une la ciencia con el derecho, el discurso de la ciencia del derecho es una aplicación del discurso jurídico.[9]

El concepto "interpretación" no es tampoco fácilmente asible. Existen por lo menos dos ambigüedades. La primera relativa a cuál es el objeto de la interpretación: para algunos puede ser objeto de la interpretación cualquier entidad capaz de transmitir un sentido; para otros, sólo se interpretarían entidades lingüísticas. La segunda ambigüedad confunde el proceso y el producto; en ocasiones se habla de interpretación para referirse a un proceso, a la actividad interpretativa, y en otros al producto, al resultado de esa actividad. El profesor Wróblewski ha distinguido, respecto a la primera ambigüedad, entre interpretaciones *sensu largissimo* e

los dioses. *Hermeneia* significó desde muy pronto proclamar, interpretar, explicar, traducir, mediar, etcétera, en fin, hacer algo comprensible o inteligible.

[9] Viola, Francesco, "La crítica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto", en Jori, Mario, *Ermeneutica e filosofia analitica*, Turín, Giappichelli, 1994.

interpretación *sensu largo*. La interpretación *sensu largissimo* se da cuando se trata de "la comprensión de cualquier objeto en tanto fenómeno cultural", mientras que la interpretación *sensu largo* está referida únicamente a las entidades lingüísticas. Wróblewski también introduce las llamadas interpretaciones *sensu stricto*, entendiendo por tales las determinaciones de un significado de expresiones lingüísticas cuando existen dudas referentes a ese significado en un caso concreto de comunicación.[10] Atienza afirma que desde el punto de vista del objeto, la interpretación puede referirse a cualquier entidad susceptible de tener un sentido, o bien tan sólo a objetos lingüísticos, a textos problemáticos cuyo significado es en principio dudoso y que requieren de aclaración; la interpretación es también una actividad de atribución de significado o de comprensión de sentido; y puede igualmente verse como resultado del producto de la actividad interpretativa.[11]

La segunda ambigüedad, relativa a la confusión entre actividad y producto, ha sido desglosada por distintos autores como Letizia Gianformaggio.[12] Esta autora alude a la interpretación como actividad, separándola en actividad noética y dianoética. La actividad noética se genera cuando se produce una captación de significado de una realidad inteligible; la dianoética requiere de un pensamiento discursivo, es decir de una argumentación. En cuanto a la interpretación como resultado, se señalan tres distintas formas de enfocar el asunto: la interpretación como producto noético (captación de sentido de carácter intuitivo); la interpretación como resultado del acto lingüístico, y la interpretación como resultado de la actividad discursiva y argumentativa.

En cuanto a la primera ambigüedad, referente al objeto de la interpretación, ésta presenta, como puede observarse, problemas importantes. Hermenéuticamente no puede circunscribirse todo el acto de interpretación a una operación lingüística sobre textos, pues además de que es indispensable tener conciencia del contexto con el que se aborda el texto, es necesario tener muy claro que en la interpretación jurídica se adscri-

10 Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1985, pp. 21-26.

11 Atienza, Manuel, "Estado de derecho, argumentación e interpretación", *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2001, p. 74.

12 Gianformaggio, Letizia, "Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio", *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 87-108.

ben o determinan significados no sólo a formulaciones normativas sino a comportamientos o conductas para producir significados, es decir, normas para el caso concreto. Adicionalmente, el tema de la comprensión lingüística de los textos no es en sí mismo sencillo, la llamada "interpretación literal" de la ley presenta dificultades, así como la distinción entre textos "claros" y "oscuros", como veremos más adelante.

La ambigüedad que confunde actividad y producto pone sobre la mesa el elemento discursivo-argumentativo de la actividad interpretativa. En otras palabras, si en todos los supuestos estamos obligados a interpretar-argumentar o sólo en algunos. También destaca la autonomía del resultado frente a la actividad-procedimiento de la interpretación. Para algunos, el producto de la interpretación es de carácter lógico necesario, si entendemos la actividad-proceso como un silogismo. Para otros, el producto no es lógico necesario y debe ser justificado, tanto internamente (a partir de sus premisas) como externamente (cuestionando y justificando esas premisas). Igualmente se entra en esta segunda ambigüedad al ámbito de la aplicación del derecho. Si, por ejemplo, todos los intérpretes aplican el derecho o sólo algunos; si la aplicación tiene por objeto normas y la interpretación textos o formulaciones normativas; si la aplicación presupone una interpretación y si la aplicación está referida exclusivamente a las autoridades.[13]

De lo dicho, y sin ser conclusivo, la interpretación jurídica puede entenderse en un sentido amplio y en uno restringido. En un sentido amplio se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, tomando en cuenta el contexto cultural jurídico del intérprete y en su caso las circunstancias de los hechos, con independencia de dudas o controversias, por lo que cualquier texto en cualquier situación requiere interpretación. En un sentido restringido, "interpretación" se emplea para referirse a la atribución de significado, tomando en cuenta el contexto y los hechos, a una formulación normativa en presen-

[13] Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Fontamara, 1999, pp. 9 y 10. Guastini distingue interpretación y aplicación en función de que las autoridades son las únicas que aplican el derecho, en tanto que todo sujeto con inteligencia puede interpretar; igualmente diferencia la aplicación de la interpretación en tanto que en la primera el objeto son las normas y en la segunda los textos normativos; también señala que la aplicación presupone una interpretación. La aplicación sería el producto o resultado de la interpretación que realizan las autoridades con competencia para ello.

cia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación. En este sentido se dirá que no en todos los casos se requiere interpretación en un sentido discursivo-argumentativo, lo que no es totalmente correcto.[14] Atienza propone, siguiendo a Guastini, tres formas de entender la interpretación: *a)* como adscripción o detección de un significado, entendiendo que la actividad interpretativa es cognoscitiva y potencialmente científica; *b)* como la decisión o propuesta de un significado entre los diversos posibles, aquí cabría distinguir entre una fase cognoscitiva y otra volitiva, y *c)* como la creación de un significado generando una nueva norma.[15]

En las llamadas interpretaciones literales, que suponen producir un texto distinto que exhibirá el mismo sentido y significado del texto del cual partimos, se llega a señalar que no existe proceso discursivo-argumentativo, pues constituyen una suerte de traducción. En ellas, sin embargo, no se trata simplemente de traducir, sino de alcanzar una nueva versión que exprese con mayor claridad el significado del texto interpretado para que sea mejor entendido. Además, no existe una única "traducción" literal del texto, sino múltiples interpretaciones posibles que se podrían exponer en "traducciones divergentes". Esto, evidentemente, se opone a la idea muy común y compartida de que frente a la ley clara no corresponde interpretación alguna (*in claris non fit interpretatio e interpretatio cessat in claris*).

Por otra parte, la interpretación literal tiene que lidiar con los enunciados equipolentes. La equipolencia es más exigente que la mera equivalencia. Implica reproducir un nuevo texto a partir del texto original con los mismos énfasis y con la misma eficacia comunicativa guardando el significado original. La dificultad de crear una nueva norma a partir de los significados y énfasis o sentidos originales es realmente una tarea complicada que entraña algo más que reproducción mecánica o traducción del texto inicial.

[14] *Ibidem*, pp. 3-5. El concepto amplio y restringido de interpretación de Guastini se refiere a textos o formulaciones normativas exclusivamente. Es decir, la interpretación está confinada al ámbito lingüístico, aunque Guastini adecuadamente sostiene que no existe algo así como el "significado propio" de las palabras: las palabras tienen sólo el significado que les viene atribuido por quien las utiliza o por quien las interpreta. Por tanto, el significado es mutable, y cada decisión interpretativa es siempre, si bien en distinta medida, arbitraria.

[15] Atienza, Manuel, "Estado de derecho, argumentación e interpretación", *op. cit.*, nota 11, p. 80.

La interpretación literal tiene adicionalmente que enfrentar otros problemas. Esto es, problemas lógicos derivados de la aplicación de las formalizaciones lógicas inferenciales al lenguaje prescriptivo del derecho, que en principio carece de valor de verdad, lo que hace muy difícil, contra lo que suele pensarse, el cálculo lógico, tal como se produce en las matemáticas. Lo aquí dicho no presupone un rechazo a los instrumentos de la lógica racional en la interpretación, sino sólo asignarle un papel más acotado para que tome en cuenta sistemas lógicos, normativos, específicos y apropiados para el derecho que permitan reconstruir con alguna fidelidad el razonamiento jurídico.[16]

La anterior problematización de la interpretación literal no termina aquí; bien se podrían agregar otros temas ya canonizados en la teoría del derecho como los hace tiempo estudiados por Hart respecto a las condiciones del lenguaje jurídico. En concreto, los conceptos de "textura abierta" de las expresiones lingüísticas y las "zonas de penumbra e incertidumbre" en el derecho, que impiden sostener de manera tajante la división simplista entre formulaciones normativas claras y formulaciones normativas equívocas.[17] Casi cualquier formulación normativa exige interpretación en su sentido argumentativo-discursivo, sobre todo si debe justificarse la decisión como suelen prescribirlo los ordenamientos jurídicos.

Lo que hace que el significado de un texto resulte dudoso puede deberse a distintos factores, entre ellos: el que el autor emplee expresiones imprecisas, ambiguas o vagas; que exista un problema de laguna o antinómico; que no sea clara la intención del autor; que exista contradicción entre el texto y las finalidades o valores de la norma. Para interpretar existe una serie de técnicas o cánones, que remiten siempre a una concepción ontológica, epistemológica y valorativa del derecho. En otras palabras, contestar a las preguntas qué es interpretar, por qué se interpre-

16 Véase Vernengo, Roberto, *La interpretación literal de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, 107 pp.; *id.*, *La interpretación jurídica*, México, UNAM, 1977, 127 pp.; *id.*, "Interpretación del derecho", en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 239-265.

17 Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, México, Editora Nacional, 1980, pp. 160 y 161. Es conocido su ejemplo sobre la regla de que no pueden entrar vehículos en un parque, y las dificultades lingüísticas para determinar a que tipo de vehículos se refiere la regla, si al automóvil, al ómnibus, la motocicleta, o también a otro tipo de vehículos como las patinetas o los triciclos.

ta y para qué se interpreta reconduce a las teorías de la interpretación. En general, podemos decir que existen dos tipos de teorías interpretativas: por un lado, las formalistas y las escépticas y, por otro, las objetivistas y las subjetivistas. Las formalistas entienden la labor interpretativa como una manera de desentrañar el significado de la norma, esto es, una función meramente cognoscitiva. Las escépticas consideran que la interpretación es siempre una creación del juez, es decir, producto de un acto de voluntad y no de conocimiento. Las objetivistas entienden la interpretación como una expresión de la voluntad de la ley, y las subjetivistas la conciben como una manifestación de la voluntad del legislador.

II. La aplicación del derecho

La aplicación del derecho ha sido confundida por algunas escuelas con la interpretación. Principalmente el pensamiento derivado de la escuela francesa de la exégesis o de la escuela histórica alemana de Savigny suelen identificar ambos asuntos. Los juristas decimonónicos sostenían que los códigos no dejaban nada al arbitrio del intérprete, pues éste no tenía por misión hacer el derecho, dado que el derecho ya estaba hecho. Esta visión racionalista e identificadora de la interpretación con la aplicación tiene su génesis en el pensamiento de Montesquieu, cuando decía: "Los jueces de la nación no son más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes".[18] Evidentemente estamos en presencia de lo que páginas atrás identificamos como ambigüedad que mezcla la actividad interpretativa con el producto de la interpretación. Identificar interpretación con aplicación significa asumir que el único con capacidad creadora es el legislador. El resto debemos conformarnos con cumplir sus mandatos y aplicar las normas cuando se tiene competencia jurídica para ello. Es decir, actualizar mecánicamente la ley para el caso concreto, mediante la subsunción y el silogismo, es la tarea de los jueces y autoridades.

[18] Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1985, libro XI, capítulo VI "De la Constitución de Inglaterra", p. 112. Montesquieu también señala que de los tres poderes, el de juzgar es, en cierto modo, nulo.

Las versiones más contemporáneas de la teoría de la interpretación no suelen sostener el pensamiento de la exégesis ni de la escuela histórica ni del positivismo ideológico. Muchas concepciones de la interpretación, como la posición analítica de Hart, la teoría del caso correcto de Dworkin, las escuelas procedimentalistas de la argumentación, o las escuelas que premian el sentido hermenéutico y prudencial de la interpretación, distinguen con precisión la actividad interpretativa y el producto interpretado con el que la autoridad determina la norma con sentido prescriptivo para el caso concreto.

La labor de aplicación queda supeditada a la interpretación como actividad y como producto de carácter previo. La aplicación es una tarea exclusiva de las autoridades, no tiene por objeto textos normativos sino normas.

Algunos autores como Vigo, que sostienen una aproximación prudencial-retórica de la interpretación, señalan que cumplida la etapa cognoscitiva e interpretativa de la prudencia (que tiene dos fases: deliberación y juicio), se posibilita el momento culminante, esto es, el momento preceptivo o prescriptivo con el que se agota la "creación" jurídica. En ese momento se actualiza la norma, se aplica el derecho. La dimensión prescriptiva de la prudencia manda o aconseja aquella conducta que se determina como la mejor.[19] Los periodos deliberativos y decisorios de la interpretación exigen una etapa posterior, desde luego, solamente cuando estamos en presencia de la conocida como interpretación operativa o de autoridad, ese nuevo ciclo es el que corresponde a la aplicación. Se trata de una instancia prescriptiva y operativa en donde ya se realiza la conducta jurídica o efectivamente se la manda, aconseja, enseña o ejecuta. La conclusión de la interpretación o aplicación suele consistir en una norma jurídica en los casos del legislador o del juez, pero también puede consistir en adoptar la forma de una enseñanza, consejo o exhortación.

La aplicación tiene, no obstante, consecuencias que deben ser analizadas. Esas consecuencias tienen que ver con la justificación de la norma o prescripción que constituye la aplicación. Por eso el momento normativo posterior a la interpretación —no necesariamente cronológico—, que es la aplicación, exige de la motivación para lograr el convencimiento de

[19] Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 30-44.

las partes y la persuasión no sólo ante un auditorio restringido, sino para que la decisión sea razonable y dirigida a un hipotético auditorio universal, tal como lo plantearan algunos teóricos de la argumentación.[20] La argumentación no es entonces sólo el instrumento de la interpretación sino principalmente de la aplicación, pues ésta tiene carácter autoritativo y debe pasar por el tamiz no sólo de las partes o de los involucrados en la decisión, sino por el tamiz de ese auditorio universal que es la sociedad o la humanidad entera en condiciones democráticas.

Perelman, para convencernos de la importancia de la motivación, recurre a una larga cita bien lograda:

> Motivar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar al que la toma a tenerlas. Es alejar todo arbitrio. Únicamente en virtud de los motivos el que ha perdido un pleito sabe cómo y porqué. Los motivos le invitan a comprender la sentencia y le piden que se abandone durante demasiado tiempo al amargo placer de "maldecir a los jueces". Los motivos le ayudan a decidir si debe o no apelar o, en su caso, ir a la casación. Igualmente le permitirán no colocarse de nuevo en una situación que haga nacer un segundo proceso. Y por encima de los litigantes, los motivos se dirigen a todos. Hacen comprender el sentido y los límites de las leyes nuevas y la manera de combinarlas con las antiguas. Dan a los comentaristas, especialmente a los comentaristas de sentencias, la posibilidad de compararlas entre sí, analizarlas, agruparlas, clasificarlas, sacar de ellas las oportunas lecciones y a menudo también preparar las soluciones del porvenir. Sin los motivos no podríamos tener las "notas de jurisprudencia" y esta publicación no sería lo que es. La necesidad de los motivos entra tanto dentro de nuestras costumbres que con frecuencia traspasa los límites del campo jurisdiccional y se va imponiendo poco a poco en las decisiones simplemente administrativas cada vez más numerosas.[21]

La aplicación tiene relación con otras dos cuestiones: el deber de resolver los casos y el deber de aplicar el derecho. Ambos temas nos confrontan con el dogma de la integridad del derecho que se expresa conforme a estas dos reglas: 1) el juez está obligado a juzgar todas las controversias que se le presentan a examen, y 2) está obligado a juzgarlas con base en

[20] Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Cívitas, 1979, reimp. de 1988, pp. 41-164.

[21] *Ibidem*, pp. 202 y 203.

una norma que pertenezca al sistema.[22] Ambas reglas, en el derecho mexicano, tienen su traducción legislativa en el Código Civil. El artículo 18 determina: "el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia", y el artículo 19 precisa: "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho".

El dogma de la integridad no puede aceptar las deficiencias en el ordenamiento jurídico porque ello sería tanto como admitir que existen otras fuentes diversas a los órganos del Estado que producen normas jurídicas. Esa posición en favor de la integridad fue rebasada desde hace décadas con distintos argumentos y teorías como la del espacio jurídico vacío, que postulaba la existencia de dos compartimentos: aquel en el cual las personas están vinculadas por normas jurídicas, y que podemos denominar el espacio jurídico pleno, y aquel en el cual las personas no están vinculadas por normas jurídicas, y que se denomina espacio jurídico vacío, un espacio donde el derecho no interviene, un espacio para la libertad humana. En él, las acciones de los seres humanos se desenvuelven sin trascendencia para el derecho. Ahí los jueces y autoridades no tienen obligación de actuar y mucho menos de resolver el derecho. Otra teoría, la de la norma general excluyente, expresa que en el derecho no hay lagunas, pero los comportamientos humanos no comprendidos en las normas particulares están regulados por una norma general excluyente que crea un espacio de libertad en donde las autoridades no tienen obligación de resolver porque no se trata de una obligación o prohibición prevista por una norma particular. No obstante, se hace necesario frente a la norma particular inclusiva y la norma general excluyente, una norma general inclusiva capaz de obligar a las autoridades a resolver casos semejantes a los previstos en la norma particular mediante la analogía, la interpretación extensiva, o cualquier otro método de *argumentum a simili*, a diferencia de la norma general excluyente, donde el *argumentum* es *a contrario*. Tal como puede apreciarse, la norma general excluyente o la norma general inclusiva se aplican en función de las similitudes o diferencias que puedan existir entre la norma particular y las circunstancias del caso.

22 Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1992, p. 223.

El deber de aplicar el derecho que tiene que ver con el dogma de la integridad alude, por una parte, a los criterios de pertenencia de las normas al ordenamiento y, por otra, a problemas como los de aplicación y aplicabilidad de las normas.[23]

Los criterios de pertenencia de la norma particular a un ordenamiento se resuelven dependiendo de la concepción del derecho de la que se parta: desde una concepción formalista a través del uso, por ejemplo, de la norma fundamental y la teoría de la producción escalonada del derecho de Kelsen o de la aplicación de la regla de reconocimiento de Hart; desde un esquema realista por el juicio que hacen los tribunales sobre la pertenencia de la norma al ordenamiento, y desde el plano iusnaturalista determinando no sólo la validez formal —en la competencia y procedimiento seguido para la creación de la norma— sino también en la conformidad de la norma con determinados principios morales, como en la teoría de Dworkin. Se trata de una deliberación y un juicio sobre la validez normativa de la norma particular. Una norma para que sea aplicada requiere un análisis de aplicabilidad; es decir, si se dan las condiciones previstas en el ordenamiento para la aplicación de la norma particular. Esas condiciones tienen que ver, por ejemplo, con la existencia de otras normas que regulen las competencias del órgano aplicador así como el procedimiento para su aplicación (aplicabilidad externa), y con las condiciones que resultan de los ámbitos de validez de las normas: espacial, temporal, personal y material (aplicabilidad interna). Una vez hechos esos análisis la aplicación de la norma particular al caso concreto será posible jurídicamente.[24]

III. La argumentación

¿Qué significa argumentar? Es una pregunta que es susceptible de distintas respuestas. Para algunos, argumentar es una actividad lingüística, y

23 Para esta distinción véase Alchurrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963; Navarro, Pablo y Moreso, José Juan, "Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas", *Isonomia*, México, núm. 5, octubre de 1996, pp. 119-139.

24 Mendonca, Daniel, "Aplicación del derecho", *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 267-282. Mendonca dice que una norma puede resultar aplicada en un caso sin que tal norma sea aplicable a él. También es posible que una norma sea aplicable para la resolución de un caso dado sin que tal norma resulte aplicada.

un argumento es el producto de esa actividad. Para otros, la conclusión de un razonamiento es un argumento. Unos más le dan ese carácter a las premisas de un razonamiento, y hay quien define el argumento como una relación entre las premisas y la conclusión.

Atienza presenta tres concepciones sobre argumentación:[25] la lógica formal, la material y la pragmática o dialéctica. La concepción formal define al argumento y la argumentación como una inferencia, un encadenamiento de proposiciones. Lo que caracteriza a esta posición es el elemento formal, esto es, la corrección de las conclusiones no depende del contenido de verdad de las premisas sino del cumplimiento de ciertas reglas formales como en el silogismo tradicional, aunque no exclusivamente. A los lógicos formales les interesan, sobre todo, los esquemas de argumentos que se expresan en un lenguaje artificial. El lenguaje artificial y las reglas formales de la lógica pueden aportar a la argumentación criterios de control formal a los argumentos, pero son insuficientes para producir bases de control material sobre los razonamientos.

La concepción material, propia de la tópica, se preocupa no de la técnica para inferir unas proposiciones de otras con criterios de corrección formal, sino de descubrir y examinar las premisas. Se trata de justificar las premisas no ya mediante el silogismo o formas lógicas divergentes. La justificación de las conclusiones o de las decisiones tiene que hacerse a través de buenas razones que permitan determinar la corrección del razonamiento. Así como, desde el punto de vista formal, los argumentos se entienden como relación entre proposiciones, en la concepción material se trata de relaciones entre razones, creencias, actitudes o acciones. El razonamiento no es una inferencia regida por reglas formales sino un procedimiento para resolver un conflicto entre razones. Joseph Raz señala que la principal tarea de la razón práctica es establecer que tenemos razones para actuar, cómo resolver los conflictos de razones y establecer aquello que debemos hacer, tomando todo en consideración.[26] En la concepción material interesa el proceso de argumentación, el balance de razones, sin prescindir del punto de vista interno del intérprete.

25 Atienza, Manuel, "El derecho como argumentación", *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid, núm. 21, noviembre de 1999, pp. 37-48.

26 Raz, Joseph, *Razonamiento práctico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 28.

La concepción pragmática o dialéctica considera a la argumentación como interacción lingüística. La argumentación es un proceso dialógico cuyo desarrollo está regido por reglas de comportamiento lingüístico. Algunas de las teorías, como la de Alexy, destacan principalmente la parte procedimental del proceso, y otras se interesan también por el resultado, los elementos que integran el razonamiento, la manera de distinguir entre argumentos fuertes y débiles, o las falacias que deben ser conocidas y eliminadas de la argumentación. En síntesis, en la concepción pragmática o dialéctica tiene un lugar destacado el aspecto pragmático del lenguaje, por lo que es inconcebible hacer abstracción de los sujetos que argumentan. Inferir consiste en el paso de unos enunciados a otros mediante la aceptación, el consenso para cada participante en el proceso argumentativo.

La argumentación jurídica representa una superación de los métodos de interpretación tradicionales. Los métodos[27] interpretativos que hoy conocemos —gramatical, lógico, histórico, sistemático, etcétera— aparecen cuando se hizo evidente en el siglo XIX que era imposible el mito de la claridad de la ley. La teoría del derecho tuvo que idear algunos métodos interpretativos para que el derecho no perdiera en seguridad jurídica. Savigny estableció cuatro cánones de la interpretación (gramatical, lógico, histórico y sistemático) para permitir al intérprete hallar la idea inmanente a la ley, averiguar el pensamiento del legislador, actuar con objetividad y certeza, sin margen para sus valoraciones personales. En Francia, en el Código de Napoleón de 1804 se dio total prevalencia a la averiguación de la voluntad auténtica del legislador, pues detrás de la letra de la ley hay una voluntad que ilumina, sin posibilidad para la incertidumbre. En Alemania, la jurisprudencia de conceptos entendió que por detrás de las normas jurídicas existe un entramado de conceptos que son expresión de una especie de razón jurídica universal. Conceptos como negocio jurídico, testamento, contrato, compra-venta, préstamo, no son puros nombres de coyunturales invenciones del legislador sino realidades ontológicas que permiten dar solución a cualquier conflicto. A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, también en Alemania, el se-

27 Véase en esta parte a García Amado, Juan Antonio, "Retórica, argumentación y derecho", *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid, núm. 21, noviembre de 1999, pp. 131-145. También véase García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

gundo Ihering propone el método teleológico o funcional basado en la vida social e histórica, en donde lo que importa para determinar el significado de la norma es analizar el fin o los fines a los que sirve. En Francia, Geny señala que la norma legal no agota el derecho ni predetermina la sentencia, con lo que queda siempre un amplio espacio para la valoración. Poco a poco, interpretar ya no es tanto conocer o averiguar, cada vez es más valorar y decidir; el referente de la sentencia correcta ya no lo proporciona un método de interpretación sino que ahora son criterios sociológicos o de justicia.

El paso al irracionalismo estaba dado. Los irracionalistas sostienen que no hay método o procedimiento que pueda dotar de garantías a la decisión jurídica, que sería, sobre todo, una decisión guiada por las valoraciones e inclinaciones del juez. En esta posición están teorías como el movimiento del derecho libre (Kantorowicz, Fuchs o Ehrlich) y el realismo jurídico estadounidense más extremo, como el de Frank o el del escandinavo Alf Ross. Hans Kelsen forma parte también de esta corriente, pues la decisión del juez no tiene carácter científico, es política jurídica, un acto volitivo del juez que escoge entre distintas alternativas de solución y aplica el derecho al caso particular.

Frente a los irracionalistas encontramos también posiciones racionalistas que consideran que sí es posible ofrecerle al juez pautas metódicas que permitan que su interpretación de los términos legales sea la correcta y la objetiva. Tres escuelas importantes marcan esta tendencia: la jurisprudencia teleológica, la jurisprudencia de intereses y la jurisprudencia de valoraciones.

Las teorías de la argumentación son el producto de esta larga polémica histórica, aceptan las críticas del irracionalismo pero intentan superarlas con medios diferentes a los de los racionalistas. Constituyen un nuevo paradigma porque no sólo se preocupan por la decisión jurídica de las autoridades, sino que traspasan el edificio jurídico y entienden el razonamiento jurídico como esencialmente dialógico, es decir, la práctica decisoria no está presidida por un razonar subjetivo sino por uno intersubjetivo. Las razones que cuentan no son las de conciencia subjetiva del intérprete, sino los argumentos intersubjetivos; las razones que se expresan hacia los otros como justificación de las opciones y decisiones no provienen de su correspondencia con una norma previa, sino de la aceptación de un hipotético auditorio universal capaz de ser convencido con las mejores ra-

zones aportadas. En las teorías de la argumentación importa cómo se argumenta, cómo se motiva, cómo se descubren los argumentos, cuáles son sus tipos y cómo se puede evitar la manipulación de los instrumentos retóricos. En otras palabras, teniendo en cuenta el componente de irracionalidad que puede existir en cualquier decisión, se debe intentar darle un carácter de racionalidad a la argumentación.

Las teorías contemporáneas de la argumentación hacen hincapié principalmente en la parte justificativa de la decisión. Es importante dar razones para sostener nuestras pretensiones, y las razones que debemos dar no sólo implican apelar a la autoridad y al procedimiento, entrañan sobre todo apelar a su contenido para que mediante la ponderación sea posible escoger las más convincentes entre las que no lo son tanto. Un autor que de una manera muy clara ha insistido en esto es Summers. Este autor ha hecho una tipología de las buenas razones, que distingue en cinco clases: sustantivas, autoritativas, fácticas, interpretativas y críticas. Las sustantivas, que son las más importantes, derivan su fuerza justificativa de consideraciones de carácter moral, económico, político, institucional o social. Las razones sustantivas pueden ser finalistas, de corrección o institucionales. Las razones finalistas se apoyan en fines que se consideran socialmente valiosos. Las razones de corrección se sustentan en la imparcialidad o justicia, y también en el equilibrio entre las partes. Las razones institucionales aparecen vinculadas a roles o a instituciones para evitar la arbitrariedad y la no atención a una reclamación. Las razones autoritativas consisten en apelar al precedente o a cualquier otro tipo de autoridad jurídica, por ejemplo las leyes o la doctrina. Las razones fácticas permiten justificar enunciados fácticos, bien se trate de hechos adjudicativos o legislativos. Las razones interpretativas sirven para apoyar una determinada interpretación de los textos. Las razones críticas se utilizan como instrumento para cuestionar alguna de las anteriores razones.[28]

Si como habíamos señalado la interpretación consiste en sopesar alternativas de solución y decidirse por una, la argumentación es ese elemento presente en la deliberación y en el juicio interpretativo que posteriormente servirá para determinar si nuestro procedimiento y resultado fue formal, material y dialécticamente correcto. La argumentación permite

[28] Summers, Robert S., "Two Types of Substantive Reasons. The Core of the Common Law Justification", *Cornell Law Review*, 1978. También véase Summers, Robert S., *La naturaleza formal del derecho*, México, Fontamara, 2001.

—aunque no sólo— entender el derecho como una técnica de solución de conflictos prácticos, como un instrumento que nos auxilia para perfeccionar el ordenamiento jurídico en cada decisión de autoridad, orientando esa actividad hacia objetivos sociales valiosos a través del respeto a principios y valores racionales y razonablemente comprometidos con los derechos humanos, los principios democráticos y el Estado de derecho.

El razonamiento jurídico no es un proceso cuasimecánico, ni el derecho un sistema axiomático susceptible de someterse exclusivamente a un cálculo lógico. El discurso jurídico, para algunos, es un caso especial del discurso moral,[29] ello significa la obligación de razonar las decisiones en términos de derecho vigente, vinculando el juicio particular al sentido de justicia del ordenamiento jurídico. No se trata de propugnar por un activismo judicial sin asidero en el orden jurídico ni de apuntalar el fin de la certeza jurídica.[30] El juez y la autoridad están vinculados jurídica y moralmente por el orden jurídico, pero éste es complejo, no se integra sólo por reglas sino por reglas y principios —como lo enseñara Ronald Dworkin—,[31] y al conformarse de esa manera, los principios, que son las entidades de mayor densidad jurídica, determinan el sentido y orientación de las reglas, con lo que la carga axiológica del derecho es evidente y la labor de jueces y autoridades menos simple y más comprometida con su contexto normativo e histórico. Tampoco se destruye la seguridad jurídica, pero es una seguridad jurídica más exigente, no referida con exclusividad a la aplicación mecánica de las reglas, sino que incorpora la plura-

29 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.

30 MacCormick, Neil, "Retórica y Estado de derecho", *Isegoría. Revista de Filosofía y Política*, Madrid, núm. 21, noviembre de 1999, pp. 5-21.

31 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, a partir del capítulo segundo sobre el modelo de las normas, pp. 61 y ss. En obras posteriores Dworkin desarrolla un concepto interpretativo del derecho. Ese concepto puede rastrearse en: Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1985 y Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988. El concepto interpretativo de Dworkin se basa en considerar que el derecho no es un conjunto de normas sino que constituye una práctica social; entiende la interpretación como una actividad valorativa de carácter racional; propone una teoría de la interpretación no descriptiva, y su teoría descansa en una concepción sustantiva de la moral y de la política. Véase Bonorino, Pablo Raúl, *El imperio de la interpretación. Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Madrid, Dykinson, 2003.

lidad de métodos interpretativos, así como la aplicación del principio de proporcionalidad para solucionar conflictos entre principios jurídicos contrapuestos. La labor interpretativa es más ardua, menos simple, ya que exige un conocimiento profundo del ordenamiento jurídico y de los valores que lo orientan.

En otro capítulo veremos algunas de las teorías de la argumentación jurídica contemporánea. Basta decir que este movimiento comenzó en los años cincuenta, después de la Segunda Guerra Mundial. Las razones de este despertar están en el proceso de constitucionalización de los derechos humanos, el surgimiento de los tribunales constitucionales, las nuevas formas de interpretación que se empezaron a utilizar debido a la estructura del derecho, integrada también por principios constitucionales, a la crisis del principio de legalidad tradicional (generalidad y abstracción de la ley, coherencia, integridad y plenitud del ordenamiento), al nacimiento de la lógica deóntica, y en general a una rebelión —con episodios anteriores— contra el formalismo jurídico con su ilusión de certeza y aplicabilidad mecánica del derecho.

Entre los primeros representantes de esta corriente contemporánea destaca la obra de Theodor Viehweg,[32] para quien la argumentación era algo más que la aplicación de la lógica deductiva; implicaba establecer una técnica del pensamiento problemático utilizando los *topoi* o lugares comunes. La obra de Viehweg analiza históricamente el nacimiento, la evolución y el desarrollo de la tópica. Viehweg entiende que la tópica surge con Aristóteles, se perfecciona con Cicerón, y explica cómo los juristas romanos planteaban sus argumentos utilizándola. En la Edad Media, escuelas de juristas como los glosadores, posglosadores y los comentaristas emplearon ampliamente la tópica y la retórica en sus argumentaciones; es más, juristas destacados como Irnerio, antes de ser juristas eran maestros de la retórica. Según Viehweg, la retórica cayó en desuso por la generalización del pensamiento lógico-formal y el predominio del racionalismo, lo que se vio aún más acentuado con la codificación. Sin embargo, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, la tópica resurge como técnica de pensamiento, y se destaca por su principal característica, que es el procedimiento de búsqueda de premisas o *ars inveniendi*.

[32] Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, reimp. de 1987. También véase Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.

Las premisas de los retóricos imponen la carga de la argumentación a quien las cuestiona. En la obra de Viehweg, los tópicos no están jerarquizados. Nuestro autor considera que la tópica puede llevar a resultados diferentes. Viehweg fue un precursor de la argumentación jurídica que rechazó como único camino de la interpretación a la lógica formal, y al hacerlo descubrió un campo promisorio para la investigación.

Para Perelman,[33] la teoría de la argumentación se entiende como una teoría del discurso persuasivo-convincente, que no podía descuidar las relaciones entre el orador y el auditorio. Un buen razonamiento —para serlo— tenía que dirigirse a un hipotético auditorio universal al que se debía convencer sin manipulación o coerción alguna. Tanto la teoría de Viehweg como la de Perelman presentan deficiencias por no reconocer ningún papel en el derecho a la lógica deductiva. Sin embargo, las ideas de Perelman son fundamentales para entender la estructura de la argumentación, por ejemplo: su insistencia en que el análisis de los razonamientos de los políticos, jueces y abogados debe ser el punto de partida para la construcción de la argumentación; su idea de que la lógica deductiva se mueve en el terreno de la necesidad, y la argumentación retórica en el terreno de lo plausible; la posición de que los argumentos retóricos no tratan de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino de mostrar el carácter razonable de una decisión, y su concepción sobre la estructura argumentativa que no la considera una cadena lineal sino que la observa como un tejido, en donde la solidez del tejido es superior a la de sus hilos. La obra de Perelman descuida temas importantes de la argumentación como la distinción entre argumentos fuertes y débiles, y su concepción del auditorio universal más que un concepto elaborado debe verse como una intuición feliz. También es débil la teoría de Perelman por la noción de positivismo jurídico con la que trabaja; para muchos, esta concepción es más propia del positivismo decimonónico que de un modelo positivista contemporáneo como el de Hart.

Más tarde, otras posiciones, como la de Toulmin,[34] analizaron la estructura de los argumentos, los principales tipos de argumentos y el uso

33 Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, *cit.*, nota 20. Véase, también, Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación, La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989; Manassero, María de los Ángeles, *De la argumentación al derecho razonable*, Pamplona, Eunsa, 2001.

34 Toulmin, Stephen E., *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958.

de las falacias en el razonamiento jurídico. Toulmin señala como elementos de todo argumento los siguientes: la pretensión, las razones, la garantía, el respaldo, además de los cualificadores modales y las condiciones de refutación. La pretensión es el punto de partida y de llegada de todo argumento, es la manifestación de una posición inicial. Las razones son las pruebas y los hechos que justifican la pretensión. La garantía implica el uso de una regla o de un principio, o de ambos, que sirve para fundamentar la pretensión. El respaldo es la ley, el precedente, la norma constitucional que contiene la garantía. Como las conclusiones en la argumentación no siempre son concluyentes, Toulmin utiliza la figura de cualificador modal para medir el grado de certeza o plausibilidad de una pretensión conclusiva. Las condiciones de refutación son hechos, circunstancias, en general excepciones que socavan la fuerza de los argumentos. Toulmin elabora distintas clasificaciones de argumentos, distingue entre argumentos analíticos y sustanciales, formalmente válidos y no formalmente válidos, argumentos que utilizan una garantía y argumentos que establecen una garantía, argumentos concluyentes y no concluyentes, y, finalmente, argumentos formales y no formales. En cuanto a las falacias, Toulmin desarrolla cinco categorías en función de los elementos que estructuran todo argumento y que ya se expusieron. Estas falacias son: por falta de razones como la petición de principio, por razones irrelevantes como la argumentación *ad hominem*, debidas a razones defectuosas tales como las generalizaciones apresuradas, falacias debidas a suposiciones no garantizadas como la cuestión compleja o la falsa causa y, finalmente, las falacias que resultan de ambigüedades.

Sin embargo, aunque no las únicas, las teorías dominantes en este momento son las de Neil MacCormick y Robert Alexy, ambas provenientes de las dos principales tradiciones jurídicas occidentales. Neil MacCormick[35] es un autor fundamental tan importante como Alexy. Su preocupación está en elaborar una teoría tanto descriptiva como prescriptiva de la argumentación. La corrección argumentativa vendrá dada por el cumplimiento de ciertas reglas del procedimiento: partir siempre de un principio o regla universal; esforzarse en darle a la decisión consistencia

35 MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978; *id.*, "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", en Betegón, Jerónimo y Páramo, Juan Ramón de (coords.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, 1990, entre otros.

con el derecho válido y con los hechos; que esa decisión tenga coherencia normativa y narrativa, entendiendo por ello el nivel de racionalidad argumentativa en la decisión y, finalmente, que la resolución tenga relación con las consecuencias o bienes jurídicos tutelados por cada disciplina jurídica en lo particular, lo que MacCormick denomina relación con el mundo. Para MacCormick tiene una gran importancia la figura del espectador imparcial; su posición intermedia y mediadora respecto a Dworkin y a Hart, sobre la única respuesta correcta y la estructura de las normas integradas por reglas y principios, así como la manera sobre la que discurre sobre la seguridad jurídica en el contexto de la argumentación jurídica. Un asunto fundamental en la teoría de MacCormick es su reflexión sobre las interpretaciones *contra legem*, éstas estarán justificadas cuando el texto contiene una contradicción lógica, de tal forma que no hay ninguna lectura posible que pudiera obviarla, o cuando existe un absurdo axiológico, esto es, cuando la interpretación lingüística de la ley hiciera que resultara autofrustrante en relación con sus propios objetivos, o bien irrealizable, o fuera totalmente en contra de los principios jurídicos, de la justicia o del sentido común. MacCormick, sin embargo, opina que el uso de la interpretación *contra legem* debe realizarse con gran cautela.

Robert Alexy no parte de argumentaciones especiales, sino que inicia con una teoría de la argumentación práctica para descender al mundo jurídico.[36] Su apoyo principal —aunque no único— es la teoría del discurso de Habermas, en el entendido de que un discurso es un acto lingüístico entre varios participantes con opiniones contrapuestas que con el fin de llegar a resultados válidos se atienen a determinadas reglas. El discurso representa una vía cooperativa y pacífica de resolución de conflictos en donde la única coacción es la del mejor argumento. El discurso práctico, a diferencia del teórico, no problematiza sobre la verdad ni la justifica aduciendo hechos, sino que la pretensión de validez es la rectitud o corrección normativa, y su defensa se lleva a cabo mediante la invocación de normas socialmente compartidas. Alexy entiende que si el procedimiento argumentativo es correcto, esa corrección se traslada al resultado. Toda la teoría descansa en la formulación de un conjunto de reglas del

[36] Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

juego con el propósito de obtener un procedimiento que permita distinguir entre justificaciones correctas e inaceptables.

El discurso jurídico es un tipo del discurso práctico que tiene frente a éste la posibilidad de resolver los problemas de conocimiento y cumplimiento, pero se encuentra condicionado por la estructura del derecho; por ejemplo, el papel que en él juegan la ley, la dogmática o el precedente judicial, así como las formas de argumentación específicamente jurídicas como el argumento *a simili* o el argumento *a contrario*.

Las teorías enunciadas, que no son las únicas de la argumentación contemporánea —habría que recordar a Recaséns, Esser, Aarnio, Peczenick, Günther, etcétera— presentan todas ellas deficiencias y críticas, y no logran con sus propuestas eliminar el margen de discrecionalidad o manipulación del juez o de la autoridad administrativa, pero persiguen con más o menos éxito reducir los espacios de discrecionalidad o de libre disposición.

Las tareas y objetivos más importantes de las teorías de la argumentación jurídica son: establecer las posibilidades de una racionalidad práctica diferenciada de la teórica; determinar mecanismos y criterios para el control racional de la interpretación; distinguir entre justificación interna y externa de la decisión y el papel que ambas deben jugar en el derecho; responder a la inquietud sobre si la respuesta judicial es descubierta o construida; señalar los elementos de objetividad o intersubjetividad de la dimensión axiológica de las resoluciones judiciales; profundizar en el tema de la legitimidad democrática y el carácter contramayoritario de la función judicial, y abundar sobre las razones explicativas y justificatorias en el razonamiento jurídico. Los anteriores objetivos han ido permeando en la construcción de las teorías y en el papel de algunos de los tribunales, como el Tribunal Constitucional alemán, que en una de sus sentencias señaló: "La interpretación del derecho constitucional tiene el carácter de un discurso en el que... haciendo valer razones y contra-razones se llega finalmente a las mejores razones" [BverfGE, 82, 30 (38-39), II, 1990]. Esa doctrina, es evidente, no debe ser sólo para el derecho constitucional sino para la totalidad del derecho y los ámbitos del quehacer jurídico: el legislativo, el teórico y el decisional o forense.

Debe señalarse que la argumentación está vinculada íntimamente al Estado de derecho, a su concepto, funcionamiento y fines. No desde luego al Estado de derecho decimonónico o tradicional basado exclusivamente en el imperio de la ley y la división de poderes, o al modelo de

Estado de derecho propuesto inicialmente por Elías Díaz, quien consideraba elementos de todo Estado de derecho: el imperio de la ley, la división de poderes con predominio del Poder Legislativo por expresar la soberanía popular, la fiscalización a todos los poderes, pero en especial al Ejecutivo y la administración, y la protección de los derechos fundamentales, tanto los de libertad como los económicos, sociales y culturales.[37] Tampoco la argumentación forma parte del modelo de Estado de derecho de Hayek, cuando este autor sostiene que el Estado de derecho "…significa que el gobierno está vinculado por normas fijadas y publicadas de antemano —normas que hacen posible prever, con bastante certeza, cómo usará la autoridad sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y planear los asuntos de los individuos con base en este conocimiento—".[38]

Otros conceptos de Estado de derecho, como los de Raz o Summers, incluyen de manera más o menos clara la interpretación de normas como parte de él. Raz elabora algunos principios conformadores del Estado de derecho: todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas y claras; las disposiciones jurídicas deben ser relativamente estables; el establecimiento de disposiciones jurídicas particulares debe ser guiado por disposiciones jurídicas abiertas, estables, claras y generales; la independencia del Poder Judicial tiene que ser garantizada; los principios de justicia natural tienen que ser observados; los tribunales deben tener poderes de revisión sobre la implantación de los otros principios; los tribunales deben ser fácilmente accesibles, y a los órganos de prevención criminal dotados de discrecionalidad no se les debe permitir pervertir el derecho.[39] Por su parte, Summers delinea como principios del Estado de derecho los siguientes:

— Todo tipo de derecho tiene que ser autorizado de manera adecuada conforme a los criterios de validez establecidos.

37 Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 8a. ed., Madrid, Taurus, 1981; *id.*, "Estado de derecho: exigencias internas, dimensiones sociales", *Revista Sistema*, Madrid, núm. 125, marzo de 1995, pp. 5-22.

38 Hayek, Friedrich, *The Road to Serfdom*, Londres, 1944, p. 54.

39 Raz, Joseph, "El Estado de derecho y su virtud", *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-ITAM-Siglo XXI, 2002, pp. 15-36.

— Los criterios para determinar la validez del derecho deben estar claros generalmente y deben incluir criterios para resolver los conflictos entre normas jurídicas válidas.
— El derecho de origen estatal relativo a una materia debe ser uniforme dentro de los límites del Estado.
— En la medida de lo posible y de lo apropiado, debe adoptar la forma de reglas generales definidas aplicables a clases de sujetos, conductas, circunstancias, etcétera, y que, cuando sea apropiado, debe aplicarse por igual a las autoridades y a los ciudadanos.
— Todas las formas de derecho deben ser apropiadamente claras y estar determinadas en su sentido.
— El derecho de creación estatal y otras formas normativas apropiadas deben tener forma escrita y ser promulgadas, publicadas, o de otro modo puestas en conocimiento de sus destinatarios.
— Las normas y sus cambios deben ser generalmente prospectivas y no retroactivas.
— Las conductas exigidas por el derecho deben estar dentro de lo que puedan cumplir los destinatarios de las normas.
— Las normas en relación con una materia, una vez emitidas y puestas en funcionamiento, no deben modificarse con frecuencia, de modo que los destinatarios no tengan problemas para conformar su conducta a ellas y puedan planificar su conducta a largo plazo.
— Los cambios en el derecho deben llevarse a cabo mediante procedimientos apropiados, por instituciones, autoridades o personas debidamente autorizadas para ello.
— Las distintas formas de derecho deben interpretarse o aplicarse de acuerdo con métodos interpretativos uniformes, respetuosos de la forma de expresión y del contenido del tipo de derecho en cuestión.
— Cualquier solución, sanción, anulación o cualquier tipo de consecuencia que sea resultado del incumplimiento de una forma de derecho, debe ser conocida o cognoscible antes de que pueda darse la acción o decisión que sea contenido de la norma.
— Que en los casos de disputas exista un sistema de tribunales y órganos administrativos independiente e imparcial con poderes para determinar la validez del derecho en cuestión, resolver las cuestiones acerca de los hechos de acuerdo con criterios procedimentales

y sustanciales relevantes, y aplicar las normas válidas de acuerdo con los métodos de interpretación y de aplicación adecuados.

— Cuando un método de interpretación o de aplicación da lugar a un resultado incompatible con el derecho precedente, y el juez o tribunal se vea obligado a modificar o alejarse del derecho, debe tener un poder muy limitado y excepcional para modificar o apartarse de la ley o de cualquier otra forma de derecho, de modo que las razones para la acción o para la decisión por parte de los destinatarios de las normas conserve su carácter perentorio, tanto para los ciudadanos como para los jueces o tribunales.
— Todo poder excepcional que se otorgue a los jueces o tribunales para apartarse del derecho precedente en el momento de la aplicación debe ser especificado de manera explícita y regulado por reglas, de modo que el ejercicio de dicho poder sea controlado por el derecho.
— La víctima de cualquier delito, violación reglamentaria, daño, incumplimiento de contrato, privación injustificada de un bien público, acción administrativa ilegítima o cualquier otro perjuicio jurídicamente relevante, debe tener el derecho de iniciar un proceso penal en el caso de que sea procedente, o de buscar cualquier otro tipo de compensación adecuada frente a un tribunal independiente e imparcial con el poder de obligar al causante del daño o a la autoridad correspondiente a responder por ello.
— Excepto en cuestiones de una mínima importancia, no puede imponerse una sanción como resultado de un delito, violación reglamentaria, daño, incumplimiento de contrato, privación injustificada de un bien público, acción administrativa ilegítima o cualquier otro perjuicio jurídicamente relevante sin que el perjudicado tenga conocimiento previo de ello y una oportunidad justa para impugnar, frente a un tribunal independiente e imparcial, las normas y los hechos sobre los que se fundamenta tal perjuicio.
— Una parte, sea la presunta víctima o el presunto infractor, que no tiene éxito en la defensa de sus intereses en las instancias adecuadas debe tener, como medida de revisión, la oportunidad de, al menos, una instancia de apelación frente al tribunal.
— El sistema y sus instituciones deben ser generalmente accesibles, esto es, que exista una profesión independiente, reconocida, orga-

> nizada y facultada para prestar asesoría jurídica y para abogar causas frente a los tribunales u otras instituciones similares, y que al menos en los casos en los que una parte es acusada de un delito o ilícito significativo, en el caso de no contar con medios para su defensa, dicha parte será provista por el Estado de tal defensa.[40]

El Estado de derecho —como dice Pisarello en su polémica con Eusebio Fernández—[41] implica, por un lado, el sometimiento del propio Estado a su legalidad, y que es indispensable proteger la libertad de los ciudadanos de la injerencia ilegítima de los poderes públicos, sin importar que éstos cuenten con el apoyo coyuntural de la mayoría, sobre todo frente a fenómenos de corrupción o de terrorismo de Estado; pero, por otro, significa controles para los poderes privados, para el mercado, y garantías de derechos sociales de prestación para todos los ciudadanos que los protejan de las desigualdades de hecho que el propio mercado, librado a su propia lógica, produce. Además de lo que dice Pisarello, el Estado de derecho hoy en día es constitucional, lo que entraña su carácter democrático, promotor de la participación y deliberación ciudadana sobre todos los asuntos de relevancia pública, por ello está orientado hacia la protección de los derechos fundamentales, tanto de libertad como de naturaleza social, económica y cultural, así como incluyente con derechos fundamentales de nuevas generaciones, que se inscribe en un contexto de sociedades pluralistas, multiculturales y heterogéneas dentro de procesos de globalización. Igualmente, el Estado de derecho contemporáneo no concibe al derecho exclusivamente como conjunto de reglas, sino también de principios jurídicos expresos e implícitos que subordinan el derecho infraconstitucional al constitucional, pero que debido a la indeterminación y la fuerza expansiva de los principios, es imprescindible la argumentación de todo el ordenamiento. Bien podríamos decir que el derecho de nuestro tiempo es argumentación; el Estado de derecho no es ya el imperio de

40 Summers, Robert, "Los principios del Estado de derecho", *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, *cit.*, nota anterior, pp. 37-59.

41 Pissarello, Gerardo, "Por un concepto exigente de Estado de derecho (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)", *Revista Sistema*, núm. 134, mayo de 1988, pp. 97-106. Véase Fernández García, Eusebio, "Hacia un concepto restringido de Estado de derecho", *Revista Sistema*, núm. 138, pp. 101-114.

la ley sino el imperio del derecho, esto es, de la Constitución, de los principios y de la labor de los intérpretes y argumentadores.[42]

IV. Recapitulación

Intentamos presentar una visión general de conceptos fundamentales para nuestra materia: qué es la interpretación, en qué consiste la aplicación y qué es la argumentación. Ninguno de los tres conceptos es fácilmente asible.

Hemos advertido el impacto que las escuelas hermenéuticas y analíticas tienen en la interpretación. Las escuelas analíticas se centran en el lenguaje y consideran que la interpretación es un ejercicio puramente lingüístico. Las escuelas hermenéuticas destacan el carácter social del derecho, la precomprensión del intérprete como momento previo a la interpretación y la relación entre el texto, el caso y el ordenamiento. El concepto interpretación presenta dos ambigüedades: la primera relativa a cuál es el objeto de la interpretación; la segunda procura aclarar la confusión entre el proceso interpretativo y el producto. El objeto de la interpretación puede ser cualquier entidad susceptible de tener sentido, aunque también es posible decir que la interpretación tiene por objeto elementos lingüísticos, textos problemáticos, etcétera. La confusión entre actividad interpretativa y producto pone sobre la mesa el elemento discursivo-argumentativo de la actividad interpretativa. El resultado tiene una autonomía del procedimiento a menos que sostengamos que todo acto interpretativo es producto de una inferencia lógica necesaria a partir de premisas dadas.

La interpretación literal del texto es imposible, pues no existe una única "traducción" literal. Toda interpretación reconduce a teorías de la interpretación que remitan a concepciones ontológicas, epistemológicas y valorativas del derecho.

Respecto a la aplicación debe señalarse que no equivale a interpretación, a menos que supongamos que todo acto de interpretación es un ejercicio mecánico de inferencia lógica. La aplicación es el producto de la interpretación, pero es un resultado que exige de la motivación. La

[42] Hierro, Liborio, *Estado de derecho. Problemas actuales*, México, Fontamara, 2001, pp. 17-44.

aplicación está unida a la argumentación porque el producto interpretativo necesita estar justificado.

La aplicación es tarea propia de autoridades, aunque no exclusivamente, pues los particulares aplican derecho cuando individualizan normas. Tiene relación con el deber de resolver los casos que se presentan ante las autoridades y con el deber de aplicar el derecho por parte de esas autoridades.

En cuanto a la argumentación, debe señalarse que consiste como actividad en la generación y producción de razones para justificar pretensiones. Sobre la argumentación podemos decir que existen tres concepciones: la formal, que define al argumento y a la argumentación como una inferencia lógico-formal; la material, propia de la tópica o retórica, se ocupa de la corrección material de los argumentos y, fundamentalmente, de la búsqueda de más y mejores razones. En la concepción material interesa el proceso de argumentación y el balance de razones. La concepción dialéctica de la argumentación, por su parte, entiende el proceso argumentativo como una serie de interacciones humanas, esto es, se trata de un proceso dialógico sometido a reglas semánticas, sintácticas y pragmáticas.

La argumentación jurídica representa una superación de los métodos de interpretación tradicionales. Las teorías de la argumentación contemporánea son producto de un cambio en los paradigmas jurídicos que acontecieron con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Se amplía con ellas la visión del derecho y se considera que la argumentación es un elemento central del concepto Estado de derecho.

Lo fundamental en todas estas teorías es el reconocimiento de que el razonamiento jurídico no es un proceso mecánico ni el derecho un sistema axiomático. El derecho no sólo se conforma por reglas sino por principios, directrices y argumentación. Esta nueva realidad obliga a los jueces y a las autoridades a comprometerse con el contexto normativo e histórico. La labor interpretativa es más exigente y requiere de un conocimiento profundo del ordenamiento y de los valores que lo orientan.

CAPÍTULO SEGUNDO
MODELOS DE DERECHO Y ARGUMENTACIÓN 37

I. Introducción 37
II. El neoconstitucionalismo 39
III. Un breve repaso al iusnaturalismo, realismo y positivismo tradicional 45
IV. La interpretación en el modelo positivista basado en reglas: Kelsen y Hart 56
V. El modelo dworkiano: principalista e interpretativo 65
VI. El derecho como procedimientos: Alexy 73
VII. El modelo garantista: Ferrajoli 85
VIII. Recapitulación 96

CAPÍTULO SEGUNDO

MODELOS DE DERECHO Y ARGUMENTACIÓN

Una vez analizados los conceptos básicos, debemos ver cómo los modelos o las escuelas jurídicas impactan la manera de entender la argumentación. Una escuela jurídica centrada sólo en reglas no desarrollará una teoría argumentativa, cuando mucho tendrá una concepción interpretativa, pues en esa concepción del derecho no son importantes el contexto, los elementos del discurso argumentativo y las orientaciones axiológicas del ordenamiento, tal como ocurre con Kelsen o Hart. Las escuelas realistas, a pesar del carácter central que en ellas tiene el papel del juez, no abordaron ese rol desde la argumentación sino desde la discrecionalidad, el subjetivismo o de plano las emociones. Estos ejemplos muestran cómo la argumentación viene definida en buena medida por la concepción que se tenga sobre el derecho. Por eso es importante hacer un repaso, aunque sea selectivo, por algunas teorías del derecho que definen el alcance de la naturaleza argumentativa.

I. INTRODUCCIÓN

El modelo de derecho del que se parta condiciona la manera de argumentar y de interpretar el derecho. Sin embargo, no sólo el modelo de derecho impacta en los modos de argumentar; también el tipo de sociedad y cultura en donde se implanta el derecho determina en buena medida su concepción. Por eso, la argumentación en sociedades plurales, multiculturales, presenta ciertas características[43] y en sociedades homogéneas

[43] Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1996; *id.*, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, Barcelona, Ariel, 1995. Igualmente, Bauman, Zygmunt, "Exclusión social y multiculturalismo", *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 137, noviembre de 2003, pp. 4-13.

otras.[44] La argumentación también es determinada por el hecho de que existan orientaciones en favor de "minorías", tal es el caso de Catherine MacKinnon y su teoría feminista del Estado.[45] Fenómenos de nuestro tiempo como la globalización o el fundamentalismo religioso producen maneras diferentes de vivir el derecho. Los niveles de desarrollo y el momento histórico generan comprensiones particulares del derecho. Lo mismo puede decirse acerca del tipo de régimen político en donde se expande un sistema jurídico particular: no da lo mismo que el derecho viva en condiciones autoritarias que en democráticas;[46] no da lo mismo un derecho basado en una concepción clásica de la representación política que uno que se desenvuelve en una democracia más participativa y deliberativa.[47] El tipo de Estado configura la argumentación y el modelo de derecho, tal como lo explican Zagrebelsky o Ferrajoli.[48] Todo lo anterior prueba, en buena medida, cómo los contextos políticos, sociales, históricos, económicos, filosóficos, etcétera, tienen una alta significación en la argumentación y en la interpretación.

No obstante, el propósito de estas páginas no es recorrer la influencia que todos esos contextos tienen en el derecho. La aspiración es mucho más modesta. El objetivo es ver cómo distintos modelos positivistas sobre el derecho producen comprensiones diferentes. El modelo de derecho basado en las reglas de Kelsen o de Hart da lugar a una forma de entender la argumentación. Los modelos que incorporan principios y directri-

44 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 9-20.

45 MacKinnon, Catherine A., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra, 1989. También véase Suárez Llanos, María Leonor, *Teoría feminista, política y derecho*, Madrid, Dykinson, 2002.

46 Para una tipología de los regímenes no democráticos véase Linz, Juan, "Totalitarian and Authoritarian Regimes", en Greenstein, Fred I. y Polsby, Nelson W. (eds.), *Handbook of Political Science*, vol. 3: *Macropolitical Theory*, Massachusetts, Addison-Wesley Publishing Company, 1975. Sobre el impacto del tipo de régimen político, presidencial o parlamentario y sus consecuencias en la ordenación institucional véase Linz, Juan, "Democracia presidencial o parlamentaria: ¿qué diferencia implica?", *La crisis del presidencialismo.* 1. *Perspectivas comparativas*, Madrid, Alianza Universidad, 1997, pp. 25-143.

47 Ovejero, Félix, "Democracia liberal y democracias republicanas", *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 111, abril de 2001, pp. 18- 30.

48 Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 44; Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997.

ces, como el de Dworkin, promueven una argumentación de otras características. Modelos centrados en un concepto fuerte de derechos humanos, como el de Ferrajoli, dan lugar al garantismo. El modelo de Robert Alexy, que es un modelo en sí mismo basado en la argumentación, tiene notas distintivas consecuencia del propio modelo.

El presente capítulo atenderá a esos diferentes modelos positivistas y no positivistas, pero antes se ocupará de una cuestión previa que es todo un modelo comprensivo de nuestra época: el llamado neoconstitucionalismo, que agrupa a teorías diversas, casi todas de corte positivista. Posteriormente hará una breve alusión a las concepciones iusnaturalistas, realistas y positivistas para entender cómo esas visiones totales del derecho observan la argumentación, la interpretación y, porqué no, la aplicación.

II. El neoconstitucionalismo

Como señala Paolo Comanducci,[49] el neoconstitucionalismo es —aquí Comanducci sigue la clásica división de Bobbio— tanto una ideología, una metodología y una teoría. Una ideología que pone en segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal, que fue el punto del paleoconstitucionalismo de los siglos XVIII y XIX, y pone en primer plano el objetivo de garantizar plena y extensivamente los derechos humanos; ciertas vertientes del neoconstitucionalismo basan todo el ordenamiento jurídico en la garantía de los derechos, como es el caso de Ferrajoli o Alexy. Una metodología porque sostiene que los principios constitucionales y los derechos fundamentales son un puente entre el derecho y la moral, sobre todo la visión de Dworkin.[50] Y es una teoría porque al abandonar el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo adopta un modelo no sólo descriptivo de la norma constitucional sino axiológico.

El neoconstitucionalismo tiene muchas vertientes y énfasis entre los autores. Prieto Sanchís ha tratado de resumir sus principales características:

49 Comanducci, Paolo, "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003, p. 83.

50 Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, *cit.*, nota 31; *id.*, *El imperio de la justicia*, *cit.*, nota 31.

> Primero, carácter normativo o fuerza vinculante. La Constitución no es un catecismo político o una guía moral dirigida al legislador virtuoso, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe. Segundo, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. La Constitución no es sólo una norma, sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario. Tercero, eficacia o aplicación directa. Es consecuencia de lo anterior, pues si la Constitución es una verdadera norma suprema ello supone que no requiere la disposición de ningún otro acto jurídico —singularmente de una ley— para desplegar su fuerza vinculante; por eso, en la medida en que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligada. Cuarto, garantía judicial. Como sabemos… las posibilidades son muy amplias: control concreto y abstracto, *a priori* o *a posteriori*, encomendado a órganos especiales o a los jueces ordinarios. Pues bien, con independencia de que resulten viables distintas formas de articulación, creo que un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan a la vista de todo ordenamiento jurídico, incluida por tanto la Constitución. Quinto, presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y también, con las modulaciones que requieran y que nacen de la propia Constitución, en sus relaciones sociales horizontales de derecho privado; contenido normativo que está formado por principios, derechos y directrices, más o menos precisos, pero que siempre que resulten relevantes, están llamados a su aplicación en los casos concretos. Y en sexto y último lugar, la rigidez constitucional. No cabe duda de que el constitucionalismo resulta tanto más fuerte cuanto más costosa es la alteración del texto, cuanto más inaccesible se muestre frente a las mayorías legislativas…[51]

El modelo neoconstitucionalista es algo más que una superación o evolución del constitucionalismo tradicional, es una visión que impacta la vivencia del derecho. La Constitución se presenta como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico, pero es una Constitución pen-

[51] Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 116 y 117. Véase, también, Guastini, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, *cit.*, nota 49, pp. 43-73.

sada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho, sino mediante la ponderación; la Constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso, la ley pasa a segundo plano, es más, la ley y cualquier otro ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la Constitución y, algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad sino heterogéneo y plural, en muchas ocasiones expresión de valores tendencialmente opuestos. El neoconstitucionalismo concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley.[52] El concepto de soberanía no recae sólo en el Estado sino en una sociedad plural y abierta. La Constitución no es sólo un documento normativo en el que se apoyan las autoridades sino el centro en lo que todo debe converger.

Desde el plano de la argumentación, debe decirse que el viejo positivismo es una teoría sin argumentación, por eso los problemas de indeterminación de reglas se resuelven en la discrecionalidad judicial. En cambio, en el neoconstitucionalismo la presencia de normas sustantivas en la Constitución obligan al legislador a asumir una mayor determinación por más que se diga que los principios son vagos o indeterminados. Respecto al juez, la vaguedad de los principios, la ausencia de una moral común y homogénea, y la falta de una jerarquía definitiva entre los principios, le exigen al órgano jurisdiccional un esfuerzo argumentativo justificatorio que no puede desembocar en una simple discrecionalidad como en el positivismo formal basado en reglas.

La aplicación del principio de proporcionalidad en la argumentación neoconstitucionalista abandona desde luego el puro esquema lógico-deductivo y requiere del juez una racionalidad tanto teleológica como axiológica. Argumentar equivale a justificar, el neoconstitucionalismo obliga a niveles de mayor justificación. No basta ya acudir a razones exclusivamente formales —competencia del órgano y procedimiento— sino debe también acudirse a contenidos, fines y valores.

El neoconstitucionalismo en sus muy variadas posiciones y a pesar de las críticas, impone una revisión a todo el modelo tradicional del derecho. A la teoría de las fuentes para que ésta sea menos estatalista y lega-

[52] Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 44, pp. 131-156.

lista, a la clasificación de las normas jurídicas,[53] para las que aclare que no todas son reglas, y de manera obvia a la interpretación, que no puede concebirse sin una teoría de la argumentación. El neoconstitucionalismo es más que una corrección del Estado de derecho liberal,[54] es una concepción que recobra para la Constitución toda su fuerza normativa, y que hasta desde el punto de vista de la democracia, entiende que ésta no es sólo la expresión de la regla de las mayorías, sino también es, y de manera preponderante, la garantía más plena para los derechos fundamentales, tanto los de libertad como los económicos, sociales y culturales.

Al neoconstitucionalismo se le ha criticado porque algunas de sus vertientes señalan que la teoría jurídica no sólo es explicativa frente a su objeto sino también normativa,[55] postura que otros no comparten[56] porque advierten que el papel de la teoría jurídica es exclusivamente el de explicar y no el de criticar. Es decir, los críticos se oponen a la pretensión de intentar elaborar una teoría interna crítica con el derecho que denuncie la invalidez de los materiales normativos infraconstitucionales, prescribiendo a los órganos competentes la anulación o derogación de las disposiciones inconstitucionales, y el colmar las lagunas.

No comparto el punto de vista de los críticos como Comanducci. La teoría jurídica no puede ser neutral sobre su objeto. La teoría jurídica desde luego que puede no sólo explicar el derecho sino criticarlo, y me parece que en esto residiría su valor. Una teoría neutral conduce a la parálisis del derecho, garantiza el *statu quo*, y es incompatible con un sistema jurídico orientado hacia la preservación y garantía de los derechos humanos. El neoconstitucionalismo dejaría de ser lo que es si se adopta la posición de asepsia del viejo positivismo; perdería su capacidad transformadora del orden social, político y económico.

Sobre el carácter ideológico del neoconstitucionalismo, el mismo Comanducci expone como principal punto débil de este nuevo modelo jurí-

53 Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 1-25.

54 Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *cit.*, nota 51, p. 113.

55 Es el caso, sobre todo, de la teoría de Ferrajoli, respecto de la cual sus críticos han señalado que confunde ciencia jurídica con teoría jurídica; descripción con normatividad.

56 Comanducci, Paolo, *op. cit.*, nota 49, p. 90.

dico el que el derecho pierde certeza.[57] Mi réplica a Comanducci implica que el derecho del neoconstitucionalismo aparentemente pierde certeza, sin embargo, como todo neoconstitucionalismo viene unido a una teoría de la argumentación, el derecho en lugar de perder certeza la gana. El juez del positivismo tradicional se conformaba —por lo menos en las versiones más canónicas— con utilizar el silogismo y la subsunción, lo que daba al derecho la apariencia de un uso racional y totalmente cierto y controlable. Nada más falso, tanto en el positivismo viejo como en el de ahora; el juez y la autoridad, en general, tienen que enfrentar variados problemas que generan casos difíciles: problemas de interpretación, de relevancia, de prueba y de calificación,[58] entre otros. La certeza del paleopositivismo era ilusoria, y sólo cabe recordar cómo las posiciones de Kelsen o Hart derivan en una fuerte discrecionalidad. El neoconstitucionalismo no se engaña, sabe que los casos difíciles están ahí, al igual que la colisión entre principios contrapuestos; reconoce esas circunstancias y obliga al juzgador y a toda autoridad a una argumentación suficiente que justifique las decisiones. La discrecionalidad judicial es controlada, no con una herramienta falsa e inadecuada —la subsunción y el silogismo— para todos los casos, sino con argumentos diferentes que significan un mayor esfuerzo justificatorio, como es el caso del uso del principio de proporcionalidad.

Metodológicamente se dice que el neoconstitucionalismo conecta el derecho y la moral.[59] Desde mi punto de vista sí existe esa conexión, pero ésta es inevitable. Los sistemas normativos están interrelacionados entre ellos. Lo importante no es que existan conexiones, lo relevante es que los problemas jurídicos se resuelvan aduciendo razones jurídicas, y pienso que el sistema jurídico abierto del neoconstitucionalismo hurga en el sistema jurídico —principios expresos e implícitos— para encontrar las soluciones. Aunque en última instancia toda norma, ya sea principio o regla, tenga un fundamento en la moral o en la naturaleza afectiva del ser humano,[60] lo realmente trascendente consiste en que el juez y la autoridad al decidir lo hagan con fundamento en el ordenamiento jurídico. No

57 *Ibidem*, p. 91.

58 Véase MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *cit.*, nota 35.

59 Comanducci, Paolo, *op. cit.*, nota 49, pp. 93 y ss.

60 MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *cit.*, nota 35.

se trata, como dicen algunos, de convertir en vinculante la moral positiva en el derecho, creo que eso sería un error; en todo caso, si alguna moral debe ser incorporada al derecho es una moral crítica e intersubjetiva.[61]

No se puede desconocer el papel de la moral en el derecho. Como dice Santiago Sastre: "…Es innegable que la presencia de principios y derechos en la Constitución ha supuesto la plasmación jurídica de pautas que tienen indudablemente un carácter moral".[62] Autores como Habermas aluden a esta idea, la moral ha emigrado al derecho[63] sin agotarse en el derecho positivo. Ha pasado a primer plano la legitimidad de carácter jurídico que toma como criterio de enjuiciamiento de la ley y del resto del ordenamiento el deber ser que fijan las normas constitucionales.[64]

La ciencia jurídica del neoconstitucionalismo toma en cuenta la posición del participante para explicar el funcionamiento del derecho, y rompe, como ya se ha indicado, con la idea de neutralidad y avalorativiad del derecho,[65] lo que por otra parte no es posible, pues ninguna ciencia social puede tener la pretensión de un conocimiento sin ningún tipo de intervención y condicionamiento social o político. La teoría y la dogmática jurídica no pueden dedicarse sólo a describir las normas jurídicas como sugirió Kelsen, tanto porque se conduciría a la irrelevancia del derecho, como porque toda teoría y ciencia jurídica deben tener en cuenta que a veces los contenidos más asépticos enmascaran la presencia de variadas formas de ideología. La tesis de la descripción suele ser un enmascaramiento del papel manipulador y de control que a veces desempeña el derecho.

Tampoco se trata de caer en un constitucionalismo iusnaturalista o ético. Lo que debe buscarse es un equilibrio entre el carácter ético del derecho y su práctica institucional y social. Como dice Atienza, advertir que

61 Véase Malem, Jorge, "La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart", en Vázquez, Rodolfo, *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1988, pp. 59-79.

62 Sastre Ariza, Santiago, "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo", *Neoconstitucionalismos*, *cit.*, nota 49, p. 244. Véase, también, Sastre Ariza, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.

63 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, *cit.*, nota 29, pp. 868 y ss.

64 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *cit.*, nota 48, pp. 851-903.

65 Coleman, J .L. y Leiter, B., "Legal Positivism", en Patterson, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 1996, p. 243.

"…la injusticia de nuestro mundo es, en muy buena medida, una injusticia jurídica, legal...".[66] Teorías como la de Ferrajoli o Zagrebelsky son reveladoras de esta tensión, y también son expresión de cómo se puede hacer crítica interna y externa al derecho sin asumir ni la neutralidad del positivismo ni la visión eticista fuerte de algunas versiones neoiusnaturalistas.

III. Un breve repaso al iusnaturalismo, realismo y positivismo tradicional

Las distintas concepciones tradicionales sobre el derecho,[67] y aun las críticas,[68] producen maneras diferentes de entender el derecho, porque parten de presupuestos teóricos, metodológicos e ideológicos muy diversos.

Sería absurdo por pretencioso intentar analizar el derecho en toda su complejidad en cada una de estas concepciones. Procuraré rescatar para la argumentación algunas de sus propuestas, porque el debate jurídico de hoy en día no puede con total nitidez separar qué es un iusnaturalista, un realista y un positivista. El eclecticismo de la teoría jurídica contemporánea creo que así lo manifiesta.

La concepción iusnaturalista, en términos generales, sostiene: "*a)* una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana; *b)* una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificadas de 'jurídicas' si contradicen aquellos principios morales o de justicia".[69] La definición de Nino expresa el iusnaturalismo ontológico, no el deontológico.

Las diversas posiciones iusnaturalistas a lo largo de veinticinco siglos de existencia han sufrido críticas demoledoras. Kelsen criticó que con el iusnaturalismo se pudiesen sustentar los juicios de valor más contradictorios, un instrumento para la consecución de intereses determinados,

66 Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2002, p. 311.

67 Reale, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho*, Madrid, Tecnos, 1997.

68 Lledo Pérez, Juan A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996.

69 Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 27 y ss.

una subsunción del derecho por la moral.[70] Ross, por su parte, rechazó el carácter metafísico del iusnaturalismo, su insuficiente carácter científico, su veleidad ideológica.[71]

En nuestros días, por el auge del neoconstitucionalismo, la importancia de los principios jurídicos y el papel de la ponderación como método argumentativo, se ha vuelto a plantear la vinculación entre derecho y moral. Ya vimos páginas atrás que en el neoconstitucionalismo sí hay una conexión entre derecho y moral, aunque sea débil, sin embargo, se puede decir que el derecho no se identifica con la moral como en ciertas visiones iusnaturalistas, no obstante que algunos opinen que teorías como la de Ronald Dworkin pueden ser consideradas más iusnaturalistas que positivistas, porque desde la lectura de su obra toda decisión jurídica refiere o tiene por fundamento una cuestión moral.

El iusnaturalismo que puede ser reivindicado es el que sostiene la aspiración ética del derecho, el cual señala "una serie de funciones de control y vigilancia del ordenamiento jurídico, de fundamentación de los derechos humanos y de puente entre la moral y el derecho".[72] Una concepción argumentativa del derecho natural desde luego que conduciría a instrumentalizar el derecho y las decisiones jurídicas a las orientaciones específicas de ese derecho natural. El juez y la autoridad no podrían respetar ningún tipo de imparcialidad, a menos que los principios morales que sustentan a ese derecho natural pudiesen obtenerse discursivamente y bajo condiciones de imparcialidad, lo que no ha ocurrido con ningún derecho natural histórico, en donde determinadas proyecciones filosóficas o metafísicas se han intentado generalizar sin justificación alguna.

La teoría de la conexión débil entre derecho y moral, en parte derivada del viejo iusnaturalismo, es otra cosa, pues no se trata de subsumir el derecho en la moral ni viceversa, sino que advierte el carácter en buena medida moral de todo derecho, que ese carácter moral está incorporado al ordenamiento jurídico, pero que el juez al argumentar no se basa en

70 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1981, pp. 71 y ss.

71 Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 2a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 1997, pp. 283 y ss.

72 Fernández García, Eusebio, "El iusnaturalismo", en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 61.

normas morales sino en normas jurídicas. Es el ciudadano el que puede realizar la crítica externa al sistema jurídico y hasta desobedecer normas jurídicas que no se ajusten a su concepción de moral crítica.[73]

El modelo iusnaturalista, a efectos de la argumentación jurídica, reconocería *grosso modo* las siguientes tesis:

a) La identificación fuerte entre derecho y moral.
b) La superioridad de la concepción moral sobre la jurídica.
c) La atención preferente del juez a las normas morales sobre las jurídicas.
d) La subjetividad del juez para poder apreciar en cada caso concreto la norma moral involucrada.
e) La identificación entre lo que el derecho prescribe y lo que debería prescribir, no a partir de un análisis entre normas constitucionales e infraconstitucionales, sino entre normas jurídicas y morales.
f) La posibilidad de encontrar una y sólo una solución correcta para los casos difíciles.
g) La legalización de la moral, que hace suponer que las respuestas jurídicas encarnan siempre las mejores respuestas morales.
h) La obediencia moral de obedecer el derecho vigente a cargo de los ciudadanos.
i) El juez como representante de la moral social.
j) La imposibilidad para distinguir entre el punto de vista interno y externo en el derecho.

Sobre el positivismo, Carlos Nino considera que no son parte de su definición ni el escepticismo ético[74] ni el positivismo ideológico[75] ni el

73 Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, ITAM-Fontamara, 1997, p. 87.

74 Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, *cit.*, nota 69, p. 30. La tesis del escepticismo ético sostiene que no existen principios morales y de justicia universalmente validos y cognoscibles por medios racionales y objetivos.

75 *Ibidem*, p. 32. El positivismo ideológico señala que cualquiera que sea el contenido de las normas del derecho positivo, éste tiene validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones deben ser necesariamente obedecidas por la población y aplicadas por los jueces, haciendo caso omiso de sus escrúpulos morales.

formalismo jurídico.[76] Él se queda con lo que denomina positivismo conceptual o metodológico. Este positivismo rechaza la identificación entre moral y derecho, pero sí admite que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y justificables racionalmente.[77] El positivismo conceptual hace alusión a las propiedades descriptivas y no valorativas del derecho. Nino señala que la posición conceptual del positivismo no implica tomar partido acerca de alguna cuestión filosófica profunda sino acerca de una cuestión verbal. Este positivismo definiría al sistema normativo a partir de rasgos fácticos sin tomar en cuenta propiedades de índole valorativa.

El positivismo, entendido en un sentido conceptual o metodológico, deriva tres consecuencias: *a)* que una norma y el sistema en su conjunto puedan ser injustos y no por ello dejar de ser jurídicos; *b)* que la moralidad o justicia de un estándar de comportamiento no es razón suficiente para considerarlo como parte del derecho, y *c)* que la definición del derecho no dice nada acerca de los motivos que pueden fundamentar una obligación moral de obediencia; si existe esa obediencia, será un problema de la teoría moral pero no de la teoría jurídica.[78]

La primera tesis del positivismo es la separación entre derecho y moral. El derecho se define no por su moralidad, sino en función de su vinculación a la organización del uso de la fuerza. El derecho es producto de una convención, de un acto de voluntad.[79] Las tesis que caracterizan al positivismo son: *a)* la vinculación del derecho con la fuerza en cuanto ésta se organiza y regula; *b)* una concepción estatalista del derecho, pues los órganos del Estado tienen el monopolio de la producción jurídica; *c)* la teoría imperativista, la norma respaldada por la sanción; *d)* la idea de derecho como sistema, y *e)* una teoría mecanicista de la interpretación, se-

76 *Ibidem*, p. 36. El formalismo jurídico establece que el derecho está compuesto exclusiva o predominantemente por conceptos legislativos, o sea, por normas promulgadas explícita y deliberadamente por órganos centralizados, y no, por ejemplo, por normas consuetudinarias o jurisprudenciales. También sostiene esta concepción que el orden jurídico es completo y sin contradicciones. En suma, el orden jurídico es un sistema autosuficiente para proveer soluciones a los casos.

77 *Ibidem*, p. 38.

78 Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, *cit.*, nota 73, p. 12.

79 Scarpelli, Uberto, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, Puebla, México, Cajica, 2001, pp. 59 y ss.

gún la cual la aplicación del derecho se ajusta al método de subsunción en donde el juez desempeña una función neutra.

La tesis del intérprete mecánico se debe a la exégesis francesa del siglo XIX. En la actualidad casi ningún autor la sostiene. Como veremos a continuación, Kelsen y Hart, dos de los positivistas más importantes del siglo XX, mantuvieron la tesis de la discrecionalidad o libertad interpretativa. El último positivismo convierte al juez en un órgano de creación jurídica y no sólo en un reproductor automático de decisiones.

Hoy, casi ninguna de las tesis del positivismo se mantiene de manera absoluta. Ni la tesis de la separación tajante entre derecho y moral ni la que pone el énfasis en la organización y regulación de la fuerza ni la que sostiene la estatalidad del derecho ante el evidente pluralismo jurídico de nuestros días ni la que determina que el carácter jurídico lo da la sanción, cuando Hart, el último gran positivista, concibió la juridicidad a partir de la voluntad o aceptación de la sociedad, ni la que piensa que el derecho es un sistema cerrado y seguro, ante la evidencia de la apertura del sistema jurídico a otros ordenamientos.

En síntesis, el positivismo tradicional de carácter conceptual en sus épocas de influencia, a efectos de la argumentación jurídica, sostendría:

a) La separación del derecho y la moral.
b) El derecho no expresa nada acerca de los motivos que pueden fundamentar una obligación moral de obediencia al sistema jurídico.
c) El derecho es producto de los órganos del Estado, sobre todo de los legislativos.
d) Una norma es jurídica si se apoya en la sanción.
e) El derecho es un sistema de reglas jurídicas.
f) Las reglas jurídicas se interpretan acudiendo al silogismo, la subsunción o los métodos tradicionales como el gramatical, el exegético, el sistemático o el funcional.
g) No se concibe la existencia de principios.
h) Existe discrecionalidad en la interpretación de las reglas o de plano impera el subjetivismo.
i) No se elabora una teoría de la argumentación consistente.
j) Las teorías interpretativas oscilan entre ver al juez como desentrañador de significados de reglas o atribuidor de los mismos.

k) No se desarrolla una concepción hermenéutica, contextual o interpretativa sobre el derecho.

El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo ha sometido a crítica y revisión todas las tesis tradicionales del positivismo. La Constitución ha rematerializado el ordenamiento, es decir, supone un orden de valores que condicionan la validez de las normas infraconstitucionales. La Constitución es el origen inmediato y directo de los derechos y obligaciones, y no sólo la fuente de fuentes. La tesis de la separación entre derecho y moral no puede señalarse de manera absoluta porque la Constitución ha incorporado los valores de justicia en sus principios jurídicos constitucionales. El legislador ya no es la viva voz del soberano, pues debe acomodar su actuación a la Constitución. El principio de legalidad ha cedido a un principio de juridicidad y de constitucionalidad.[80] La interpretación y aplicación del derecho se ha trastocado por la inclusión de los principios constitucionales y el peso de la argumentación retórica sobre una argumentación lógico-formal del derecho.[81] Las normas constitucionales no tienen la estructura clásica de las reglas legales y, por tanto, no se prestan a la subsunción. Sin embargo, ello no debe desembocar en un puro decisionismo arbitrario del juez, sino en la necesidad que éste tiene de justificar adecuadamente sus fallos recurriendo a las técnicas más variadas de la argumentación, según teorías como las de Viehweg, Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy, Aarnio, Peczenick, etcétera.[82]

Es, sobre todo, por el impacto de los principios constitucionales como cambia la interpretación jurídica al estimular nuevas formas de razonamiento jurídico. El uso de la proporcionalidad y el configurar el caso de forma abierta y no cerrada como en las reglas. El juicio de proporcionalidad obliga al intérprete al desarrollo de una racionalidad mucho más compleja que la subsunción, una racionalidad cercana a la manera de argumentación de la moral. Los principios exigen también el análisis de las reglas a la luz de los propios principios; la argumentación por principios

80 Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 44, pp. 144-153.

81 Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 32 y ss.

82 *Idem*.

obliga al intérprete a utilizar pautas de interpretación que colocan en su fin a la discrecionalidad del juez, a la manera como lo habían entendido Kelsen o Hart.

En el neoconstitucionalismo la interpretación de y desde la Constitución[83] es tan importante que se sitúa en el núcleo mismo de la teoría jurídica y constitucional. A consecuencia de lo anterior, los jueces constitucionales han adquirido un papel inusitado que para algunos desplaza al legislador democrático.

Estas notas del neoconstitucionalismo significan una evolución y una alteración del positivismo tradicional. Como dice Prieto:

> …el legislador ha dejado de ser el dueño absoluto del derecho; el juez ha salido de la alternativa entre "boca muda" o "juez legislador"; y la moral ya no penetra en el derecho exclusivamente a través de las decisiones legales, sino que aparece mucho más difusamente en una simbiosis entre Constitución y jurisdicción, es decir, entre los valores y principios constitucionales y la racionalidad práctica de su aplicación.[84]

El neoconstitucionalismo se caracterizaría *grosso modo*, a efectos de la argumentación, por lo siguiente:

a) Se reconoce por algunos una conexión débil entre derecho y moral.
b) Se admite que el derecho no sólo está conformado por reglas sino por principios y otro tipo de normas.
c) El derecho no sólo consiste en la estructura normativa sino también en la argumentativa, contextual y procedimental.
d) La legalidad se supedita a la constitucionalidad en un sentido fuerte.
e) Las normas que no son reglas no pueden interpretarse con los métodos tradicionales. Se debe acudir al principio de proporcionalidad, la teoría del contenido esencial, la razonabilidad, entre otras.
f) Más que hablar de interpretación se destaca el papel de la argumentación no sólo en su faceta retórica sino en sus ámbitos hermenéuticos, contextuales y procedimentales.

83 Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 81-104.

84 Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, *cit.*, nota 73, p. 23.

g) La búsqueda de la certeza jurídica se vuelve más exigente y difícil; se apoya, principalmente, en la calidad de la argumentación.
h) Las normas jurídicas se interpretan desde la Constitución.
i) El juez constitucional en ocasiones se coloca por encima del legislador y lo desplaza, lo que pone en cuestión su legitimidad democrática.
j) Se intenta poner fin con las técnicas de la argumentación a la discrecionalidad judicial en el sentido en que había sido entendida por Kelsen o Hart.
k) No hay neutralidad ni avaloratividad en el derecho.

El realismo, por su parte, implicó en sus orígenes una manifestación de la revuelta en contra del formalismo y el positivismo jurídicos. Se buscaba de manera precisa y pragmática conocer lo que era el derecho, despojarlo de sus connotaciones trascendentalistas o metafísicas. Llewellyn distinguió el realismo bajo nueve tesis: 1) una concepción dinámica de derecho; 2) una concepción instrumental: el derecho es un medio para el logro de fines sociales; 3) una concepción dinámica de la sociedad; 4) el divorcio entre el deber ser y el ser del derecho; 5) la desconfianza entre reglas y conceptos jurídicos tradicionales como descripción de lo que hacen los tribunales y la gente; 6) la desconfianza en que las reglas prescriptivas sean el factor protagonista de la decisión judicial; 7) la creencia en que los casos y las situaciones jurídicas deben ser agrupados en categorías más limitadas que las tradiciones; 8) una valoración de todos los sectores del derecho por sus efectos, y 9) una investigación programática de los problemas jurídicos sobre la base de los puntos anteriores.[85]

El realismo jurídico no es, desde luego, una escuela unitaria o de contornos claros. La principal división se dio entre los realistas estadounidenses y los escandinavos con posiciones distintivas. Hoy en día no tiene la importancia que tuvo a principios del siglo XX. El realismo, sobre todo el estadounidense, ha influido en las escuelas constructivistas estadounidenses y hasta en los *Critical Legal Studies* respecto a la crítica de

[85] Llewellyn, Karl, "Una teoría del derecho realista: el siguiente paso", en Casanovas, Pompeu y Moreso, Juan José (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 244-293.

la indeterminación del derecho y en la investigación de su papel ideológico legitimador. El realismo escandinavo ha dejado sus huellas en la construcción de una ciencia empírica entendida como un sistema de proposiciones verificables empíricamente, y el entendimiento de un concepto de validez o vigencia que fuese empíricamente descriptivo.[86]

Una de las principales características del realismo es su escepticismo frente a las normas,[87] por entre otras cosas, la indeterminación del lenguaje. "Por más que el legislador se esfuerce en definir las palabras que usa en sus normas sólo puede atenuar la vaguedad de las mismas, pero no eliminarla del todo…".[88] Además, los legisladores no prevén las combinaciones posibles de propiedades que pueden presentar en el futuro distintos casos. Ciertas visiones del realismo, como las de Llewellyn o Holmes, colocan a las predicciones sobre la actividad de los jueces en el lugar de las normas jurídicas.

Los realistas opinaban que hay que traer el derecho a la tierra y construir una ciencia jurídica que pueda describir la realidad con proposiciones jurídicamente verificables. Las decisiones judiciales son los hechos para construir el derecho. Así, la ciencia jurídica se construirá con las predicciones sobre el comportamiento de los jueces, y el objeto de estudio de esta ciencia serían las decisiones judiciales.

La teoría realista de Ross fue mucho más elaborada que las teorías realistas estadounidenses. Ross fue un realista que se destaca por la elaboración de criterios para determinar cuáles son las normas que integran un sistema jurídico. Según Ross, para identificar si una norma integra el derecho no debe verificarse su validez o fuerza obligatoria, sino la posibilidad de que sea aplicada por los jueces. Las decisiones judiciales son una especie de regla de reconocimiento para conocer qué normas integran el derecho en un sistema jurídico específico.[89]

86 Hierro, Liborio, "Realismo jurídico", en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J., *El derecho y la justicia*, *cit.*, nota 72, pp. 84 y 85.

87 Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, *cit.*, nota 69, p. 44.

88 *Ibidem*, p. 45.

89 Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, *cit.*, nota 23; *id.*, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961; *id.*, *Lógica de las normas*, Granada, España, Comares, 2000; *id.*, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991. Para una comparación entre Kelsen y Ross, véase Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, UNAM, 1980.

García Máynez señala que el punto común a todas las teorías realistas consiste en que interpretan la vigencia o validez del derecho atendiendo a la efectividad de las normas jurídicas. Para determinar esa validez se puede recurrir a dos versiones del realismo: la psicológica y la conductista. La primera descubre la realidad del derecho en fenómenos psíquicos, pues una norma estaría en vigor si es admitida "por la conciencia jurídica popular". La segunda señala que la realidad del derecho está en la actuación de los tribunales.[90] Ross asumirá las dos posiciones en su teoría interpretativa.

La teoría realista no se preocupó seriamente por elaborar una teoría de la argumentación. La interpretación jurídica derivada de este modelo opina que toda interpretación es un acto de voluntad.[91] La interpretación del modelo realista condena la visión positivista-mecanicista que le confiere al juez el papel de autómata. Para Ross, esa visión es equivocada. La interpretación es un hecho empírico que determina significados. Los resultados interpretativos pueden, con frecuencia, no conducir a un resultado cierto por la inevitable vaguedad de las palabras o la dificultad para aprehender el caso. "La interpretación (en sentido propio, es decir, como actividad cognoscitiva que sólo busca determinar el significado en tanto que hecho empírico) tiene que fracasar".[92] Sin embargo, el juez no puede dejar de cumplir su tarea, tiene que decidirse, y esta elección ha de originarse, cualquiera sea su contenido, en una valoración. La interpretación es un acto de naturaleza constructiva, no es un acto del puro conocimiento. El juez no es un autómata, es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como correctas de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural. El respeto a la ley no es absoluto. La ley no es una fórmula mágica, sino una manifestación de los ideales, actitudes, estándares o valoraciones de la tradición cultural. En todos los casos, estas actitudes participan activamente en el espíritu del juez como un factor que motiva su decisión. En la medida de lo posible el juez comprende e interpreta la ley a la luz de su conciencia jurídica material. Si la discrepancia entre la conciencia jurídica formal y la material excede cierto límite, el juez puede llegar a pres-

90 García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, Fontamara, 1993, pp. 105 y ss.

91 Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, *cit.*, nota 23, p. 172.

92 *Ibidem*, p. 174.

cindir de restricciones obviamente impuestas por las palabras o por la intención del legislador. Su interpretación constructiva, en tal caso, no se reduce a buscar una mayor precisión, sino que enmienda los resultados a que llegaría una interpretación de la ley que simplemente averiguase lo que ésta significa.[93]

Ross hace la distinción entre teorías subjetivas y objetivas de la interpretación. Según la primera, el propósito de la interpretación es descubrir la voluntad del legislador. Según la segunda, la ley es considerada como una manifestación objetiva del espíritu que, una vez generada, vive una vida propia y debe ser comprendida únicamente sobre la base de lo que de ella surja. La distinción para Ross es totalmente falsa. Lo importante en todo caso consistirá en saber si los tribunales siguen tradicionalmente un estilo de interpretación objetivo o subjetivo.[94]

El realismo, como el positivismo, no elaboró una teoría de la argumentación. Aunque las posiciones de Ross son más moderadas que las de otros realistas, en él es obvio que la interpretación es un acto de voluntad que descansa, para ser formulado, tanto en la ley, con todos sus problemas de vaguedad e indeterminación, como en elementos contextuales que culturalmente inciden en la decisión judicial. Otros realistas, como Jerome Frank, sostuvieron el carácter ampliamente discrecional e irracional de la decisión judicial.[95]

Grosso modo, el realismo jurídico puede entenderse desde las siguientes características:

a) Un papel destacado del juez.
b) Una concepción dinámica del derecho que se orienta hacia fines sociales.
c) La separación entre el ser y el deber ser del derecho.
d) El acento en la indeterminación del lenguaje normativo.
e) El escepticismo frente a las normas.
f) Las decisiones judiciales son los hechos para construir el derecho.
g) El derecho son las predicciones que podemos hacer sobre lo que harán los jueces.

93 *Ibidem*, pp. 143-194.

94 *Ibidem*, p. 194.

95 Frank, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, México, Fontamara, 1991.

h) El objeto de estudio del derecho son las decisiones judiciales.
i) Las decisiones judiciales son la regla de reconocimiento para conocer qué normas integran el derecho.
j) La validez de las normas depende de su efectividad.
k) No se elabora una teoría de la argumentación.
l) La interpretación es una valoración del juez, es un acto de construcción, de voluntad, no de conocimiento.
m) El respeto a la ley no es absoluto. El juez interpreta la norma a la luz de su conciencia jurídico-material.
n) Los elementos contextuales inciden en la decisión judicial.

IV. La interpretación en el modelo positivista basado en reglas: Kelsen y Hart

Kelsen y Hart, y otros autores de la época, concibieron exclusivamente al sistema jurídico como un agregado de reglas, no incorporaron principios. La norma de Kelsen se definía como una proposición que prescribe una conducta. En sus *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Kelsen explica la evolución en su concepción sobre la norma jurídica:

> Es verdad que en mi *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, que apareció en 1911, defendí la tesis de que las normas jurídicas generales son juicios hipotéticos, y continué sosteniendo ese punto de vista en mi *Allgemeine Staatslehre* (1925) y también en la primera edición de mi *Reine Rechtslehre* (1934). Pero más tarde la rechacé. En mi *General Theory of Law and State* (1945) distinguí entre la norma jurídica dictada por la autoridad y los enunciados acerca de normas jurídicas formuladas por la ciencia del derecho, y sugerí que a estos últimos no se les llamara "normas jurídicas" sino "reglas de derecho en sentido descriptivo". De este modo traduje el término *Rechts Satz* por la contraposición al término *Rechts-Norm*. En un parágrafo titulado "Norma jurídica y regla de derecho en sentido descriptivo" caractericé expresamente a la norma jurídica como un "imperativo" u "orden", tomando estos términos en sentido figurado, y destaqué la distinción entre las normas jurídicas prescriptivas creadas por la autoridad y las reglas de derecho mediante las cuales la ciencia del derecho describe su objeto… y en el parágrafo siguiente, bajo el título "Reglas de derecho y leyes de la naturaleza", afirmé: "La regla de derecho, usando el término en

> un sentido descriptivo, es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a ciertas condiciones"… Las normas jurídicas no son juicios hipotéticos… las normas jurídicas son, por su sentido, prescripciones y, como tales, órdenes, pero también son permisiones y autorizaciones.[96]

La norma jurídica es coactiva. Su validez es formal, depende de su aprobación por órgano competente y siguiendo el procedimiento previamente establecido. En sus últimos trabajos, Kelsen siguió revalorando su concepto de norma. En éstos señaló que las normas son entidades no lingüísticas de tipo ideal o abstracto, a las que Kelsen denomina "contenidos de sentido" o simplemente "sentido de un acto de voluntad". Poco importa la forma lingüística en que se expresan, pudiendo ésta ser incluso la de gestos, ademanes o símbolos. Lo importante es el sentido del acto, un deber ser subjetivo, y un sentido objetivo integrado por tres elementos: la acción o conducta es considerada como debida no sólo por el autor del acto intencional dirigido al destinatario, sino también desde el punto de vista de un tercero desinteresado; el deber ser subsiste aun cuando desaparezca la voluntad que lo creó, y el deber ser vale o existe aun cuando aquel a quien se dirige, el destinatario, ignore la existencia del acto creador.[97]

¿Cómo la concepción de la norma kelseniana y su teoría del sistema jurídico escalonado influyen en su visión sobre la interpretación?

Para contestar la pregunta me parece conveniente recordar algunas ideas de Kelsen en esta materia. Nuestro autor diferenció la interpretación vinculada a la aplicación del derecho por autoridad jurídica (interpretación auténtica en la terminología kelseniana) de la interpretación de la ciencia jurídica. La interpretación de autoridad o auténtica es siempre obligatoria jurídicamente; la interpretación científica no es obligatoria, es conocimiento. La interpretación auténtica de autoridad puede ser válida o inválida. Toda interpretación de autoridad consiste en la interpretación de una norma superior que debe ser aplicada por la autoridad jurídica en el establecimiento de una norma inferior. La interpretación de la autoridad jurídica es algo diferente de la interpretación gnoseológica del contenido de una norma que realizan los juristas científicos o de la interpreta-

96 Kelsen, Hans, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, México, Fontamara, 1991, pp. 58 y 59.

97 Esquivel Pérez, Javier, *op. cit.*, nota 89, pp. 46 y 47.

ción de un parágrafo de la Biblia hecha por un teólogo. La autoridad crea derecho con su interpretación.[98]

La teoría pura destaca la pluralidad de significaciones del material a interpretarse. La teoría reconoce como única tarea de la interpretación científica el señalar las posibles significaciones y el confiar a las consideraciones políticas la elección definitiva entre las igualmente posibles interpretaciones científico-jurídicas de la autoridad que implica el derecho. Ninguna de las interpretaciones posibles puede denominarse "correcta". Tal afirmación sirve sólo para mantener la ilusión de una seguridad jurídica que en verdad no existe.[99] Para Kelsen, la despolitización que la teoría pura del derecho exige se refiere a la ciencia del derecho, no a su objeto, el derecho. Tanto la creación como la aplicación del derecho por órganos de autoridad son funciones políticas, es decir, funciones determinadas por juicios de valor.[100] El juez en esta visión efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra. La interpretación de autoridad es un acto de voluntad y de política jurídica,[101] por lo tanto un acto discrecional.

La interpretación auténtica o de autoridad está totalmente vinculada a la estructura normativa y escalonada de la teoría de Kelsen, aunque debe señalarse que la determinación que de la norma inferior realiza la norma superior nunca es completa. Por ello, en todas las gradas del ordenamiento hay tanto un proceso de aplicación como de creación. De esta manera, en el proceso de creación de nuevas leyes habrá siempre aplicación de la Constitución y de las leyes jerárquicamente superiores, así como en la elaboración de las sentencias existe, junto a la aplicación de las normas generales, un proceso de creación de una norma individual y concreta.[102] Las excepciones al dualismo creación/aplicación se encuentran en los extremos de la pirámide: en la cúspide, en el caso de la producción de la Constitución, sólo hay creación, mientras que en las sentencias de la base sólo existiría aplicación.

98 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 70, pp. 349 y ss.; *id.*, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, México, Fontamara, 1992, pp. 25 y ss.

99 Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, *cit.*, nota anterior, p. 29.

100 *Ibidem*, p. 31.

101 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 70, p. 354.

102 Lifante Vidal, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 62.

Es claro que la interpretación auténtica o de autoridad no está conectada principalmente con los problemas semánticos de las normas sino con el proceso de creación del derecho explicado en el párrafo anterior. El objeto de la interpretación kelseniana son normas como portadoras de significados, y no meros textos, y dicha actividad consiste en mostrar esos significados que serán elegidos por un acto de voluntad. De esta manera existe correspondencia entre la concepción de norma de la teoría kelseniana "contenidos de sentido" o "sentido de un acto de voluntad" con su posición de la interpretación y aplicación de la norma al caso concreto. También existe relación entre la interpretación como acto de concreción del sistema jurídico en la idea de un ordenamiento escalonado que se reproduce a sí mismo de la cúspide a la base.

La estructura de la norma kelseniana "Si es A debe ser B", con sus elementos: antecedente, cópula deber ser y consecuencia, van a ir determinando en el proceso de la creación del derecho una visión interesante sobre la discrecionalidad del derecho. Aunque la teoría kelseniana no admite principios jurídicos como parte de su sistema normativo, y hasta llega a señalar los peligros que provocaría que el Tribunal Constitucional interpretara "valores", produciendo normas generales, lo evidente es que Kelsen rechaza la posibilidad de una seguridad jurídica plena; es más, la califica de ilusión. La teoría de Kelsen sobre la interpretación jurídica no puede entenderse sin hacer referencia a las tesis que sostiene respecto a la indeterminación del derecho. En el análisis que efectúa de este fenómeno, Kelsen advierte que la indeterminación puede ser intencional cuando el órgano creador de la norma faculta al órgano aplicador para colmar la indeterminación; o no intencional debido a ambigüedades lingüísticas, discrepancias entre la voluntad y la expresión literal de la norma y las contradicciones normativas. La indeterminación en el derecho más la visión de la interpretación como acto de política jurídica nos llevan de la mano al tema de la discrecionalidad judicial. Es verdad que se trata de una discrecionalidad dentro de un marco de posibles significados de sentido de la norma, pero discrecionalidad al fin y al cabo.

Debido a lo anterior, para Kelsen no existe un método correcto de interpretación. Lo dice textualmente:

> …No existe genéricamente ningún método —caracterizable jurídica-positivamente— según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el "correcto"; suponiendo, natural-

> mente, que se trata de varios posibles, es decir, que se trata de posibles interpretaciones del sentido en conexión con todas las otras normas de la ley o del orden jurídico. Pese a todos los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional no se ha logrado resolver, en favor de uno u otro, en manera objetivamente válida, el conflicto entre voluntad y expresión. Todos lo métodos interpretativos desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible, y nunca a un único resultado correcto.[103]

La teoría kelseniana de la interpretación presenta grados de irracionalidad considerables pero es fiel a su esquema teórico, a su concepto de norma jurídica y a su esquema de construcción escalonada del ordenamiento. También es consistente con la estructura formal que de la norma concibe Kelsen, y con su rechazo a la incorporación de los principios en la interpretación de los tribunales constitucionales.

La concepción del derecho de Hart, como él mismo lo señala en el *Post scriptum al concepto de derecho*, es general y descriptiva. Es general en el sentido de que no está vinculada con ningún orden jurídico o cultura jurídica particulares, sino que busca dar una descripción explicativa y esclarecedora del derecho como institución social y política compleja, gobernada por normas.[104] El sistema jurídico de Hart está conformado exclusivamente por reglas, tanto primarias y secundarias. Su concepción del derecho no incluye a los principios jurídicos. Él establece las diferencias con Dworkin en el *Post scriptum* cuando dice que la tarea central de éste consiste en la identificación de los principios que se adaptan mejor con el derecho establecido y con las prácticas de un orden jurídico, y a la vez proporcionan su mejor justificación moral, mostrando al derecho en su mejor luz. Los principios en Dworkin, como Hart lo menciona, son no sólo parte de una teoría del derecho, sino son, también, parte implícita del derecho mismo.[105]

El sistema hartiano de reglas es el último gran sistema jurídico ideado sólo con esa visión de las normas. Es un sistema desarrollado y completo pero que desgraciadamente no contempló los principios. En el capítulo

103 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 70, p. 352.

104 Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. y estudio preliminar de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 11.

105 *Ibidem*, p. 13.

quinto de *El concepto de derecho*[106] elabora la distinción entre reglas primarias y secundarias. Las reglas primarias —dirigidas a los ciudadanos— imponen deberes. Las reglas secundarias —orientadas hacia la autoridad— prevén actos que conducen no simplemente a movimientos o cambios físicos, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones. Mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, las reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Las reglas secundarias especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas o modificadas, así como determinar las violaciones de manera incontrovertible de las reglas primarias. Las reglas secundarias son de tres tipos: de reconocimiento, de cambio y de adjudicación. La regla de reconocimiento sirve para identificar si las proposiciones normativas son o no parte del sistema jurídico. La regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas; puede consistir en un documento escrito, en algún documento público, un texto de reglas, etcétera. En los sistemas jurídicos complejos la regla de reconocimiento hace referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias; ésta puede ser el que las reglas sean sancionadas por un cuerpo específico, su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales. La operación de identificar una regla dada como poseedora de la característica exigida de pertenecer a una lista de reglas, a las que se atribuye autoridad, constituye el germen de la idea de validez jurídica.[107]

El remedio para la cualidad estática del régimen de reglas primarias entraña la introducción de lo que se llama reglas de cambio. Éstas promueven la creación y derogación de normas jurídicas principalmente por vías legislativas, aunque también podría darse la modificación de las reglas por vía judicial o administrativa.

El tercer complemento del régimen simple de reglas primarias, usado para remediar la insuficiencia normativa, por la presión social difusa que ésta ejerce, consiste en reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria. Además de identificar a los individuos que pueden

106 Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit*., nota 17, pp. 99-123.

107 *Ibidem*, p. 118.

juzgar, tales reglas definen el procedimiento a seguir. Aunque pueden ser reforzadas mediante reglas que imponen a los jueces el deber de juzgar, ellas no imponen deberes sino que confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un *status* especial a las declaraciones judiciales relativas a la trasgresión de obligaciones. Estas reglas definen un grupo importante de conceptos jurídicos: juez, tribunal, jurisdicción, sentencia, etcétera.[108]

Para Hart, "la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política".[109] Así, la estructura del sistema normativo descrito, tanto como la manera en que el juez, el ciudadano y el estudioso —el punto interno y externo— interactúan con el derecho, ya sea registrando o prediciendo la conducta que se adecua a las reglas, o usando las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás, explican en buena medida muchos aspectos del derecho. Hart, sin embargo, considera que aunque la unión de reglas primarias y secundarias está en el centro de un sistema jurídico, no lo es todo, y éste puede explicarse también por elementos de carácter diferente.[110]

El análisis hartiano sobre el derecho, al igual que el de Kelsen, está hecho desde una perspectiva legislativa o científica y no judicial, de ahí el carácter secundario que en estas teorías tiene la interpretación. El derecho en Hart es ese conjunto de reglas —primarias y secundarias— que tienen por objetivo guiar, hacia el futuro, la conducta de los ciudadanos. Sin embargo, la teoría hartiana hizo algo muy importante, que Kelsen no desarrolló, para la interpretación: explicarla a partir de la indeterminación de las reglas primarias y secundarias.

La indeterminación de las reglas, que es una indeterminación en el lenguaje del legislador, tiene una doble causa: indeterminación semántica debido a que las orientaciones que las reglas generales pueden proporcionar para las situaciones particulares son necesariamente limitadas. Todo lenguaje presenta un halo de vaguedad o de textura abierta. El lenguaje,

108 *Ibidem*, p. 120.

109 *Ibidem*, p. 121.

110 *Ibidem*, p. 123.

y aquí sigue a Waismann, tiene imposibilidad para anticipar circunstancias futuras y para detallar de antemano hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales.[111] La otra causa de la indeterminación es voluntaria, y es basada intencionalmente por el legislador, es una forma de delegación de la creación normativa en el juez. "Lo que se quiere es dejar un margen de discrecionalidad a los órganos interiores, porque es imposible prever las circunstancias que podrán afectar al caso concreto y que deberán ser consideradas a la hora de adoptar la decisión".[112]

Puede haber en la teoría hartiana otros tipos de indeterminación del lenguaje normativo, además de la indeterminación semántica y voluntaria, lo que Hart denomina "ambigüedad", esto es, la existencia de más de una norma aplicable a un mismo caso concreto, y la indeterminación que puede originarse al tener en cuenta los propósitos perseguidos por la regla.[113] Importante también es señalar que la indeterminación normativa no tiene una connotación negativa. La indeterminación del lenguaje es inevitable, y es útil, como en el caso de la indeterminación voluntaria, pues permite que el legislador guíe, hacia el futuro, la conducta de los ciudadanos, sin engañarse sobre su capacidad de prever todas las circunstancias.

Las indeterminaciones de las reglas inciden en la interpretación y aplicación del derecho. No es, por tanto, adecuado pensar en el juez hartiano como un mero aplicador de reglas. ¿Será entonces totalmente libre para interpretar, llegando a la creación hasta arbitraria de nuevas reglas?

Mucho se ha discutido sobre el nivel o profundidad de discrecionalidad judicial que la teoría hartiana mantiene. En obras posteriores a *El concepto de derecho*, como en *Problems of the Philosophy of Law*,[114] Hart insistirá en la posición de que en la resolución de casos difíciles el juez no actúa en el vacío, sino que existe una serie de estándares jurídicos que operan como guías en el proceso de decisión judicial. Los estándares incluyen pautas de justicia, de moralidad, metas sociales, etcétera.

111 Waismann, Friederich, "Verificabilidad", en Parkinson, G. H. R. (ed.), *La teoría de significado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, pp. 61 y 62.

112 Lifante Vidal, Isabel, *op. cit.*, nota 102, pp. 216 y 217.

113 Hart, H. L. A., "Introduction", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 1-18.

114 Hart, H. L. A., "Problems of the Philosophy of Law", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *cit.*, nota anterior, pp. 88-120.

Estos estándares limitarían una amplia discrecionalidad del juez, y ayudarían a ceñir sus decisiones a criterios más racionales.

Hart participó en la polémica entre las tesis del "noble sueño" y la "pesadilla". Las primeras ignoran el carácter indeterminado de las reglas y sostienen la decisión judicial como derivada de un razonamiento mecánico, o afirman, como Dworkin, que aun en los casos difíciles sólo existe una y sólo una decisión correcta. Las segundas, tal como el irracionalismo realista estadounidense, opinan que las decisiones judiciales son el producto del libre arbitrio judicial, la voluntad del juez, sus emociones, etcétera, y que, por tanto, el órgano jurisdiccional no está sometido a reglas, sino que ellos son los verdaderos creadores del derecho.[115] Ambas tesis son equivocadas para Hart. Ni el juez es un autómata o sabio capaz de tener la solución correcta para cada caso ni puede abandonarse a una discrecionalidad sin límites, debe ceñirse a pautas o estándares que guían su conducta como resolutor judicial.

La interpretación de las reglas ocurre tanto en las primarias como en las secundarias. La indeterminación puede aparecer sobre casos individuales o generales. Los sujetos de la interpretación serían todos aquellos que tengan que ver con las reglas, y el objetivo de la actividad interpretativa consiste en la eliminación *a posteriori* de las indeterminaciones que son originadas por el lenguaje de las reglas generales o la intención del legislador.

En síntesis, el positivismo kelseniano y hartiano respecto a nuestra materia se distingue por:

a) No elaborar una teoría de la argumentación.
b) Basar el derecho sólo en reglas y no en otros materiales normativos.
c) Abandonar la posición mecanicista del juez de la escuela de la exégesis.
d) La interpretación es un acto de voluntad discrecional.
e) Separar derecho y moral.
f) El juez crea derecho.
g) El derecho es indeterminado.

115 Véase Hart, H. L. A., "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *cit.*, nota 113, pp. 123-144.

h) Concebir el derecho desde el legislador y no desde el juez.
i) La indeterminación de las reglas incide en la indeterminación y vaguedad del derecho.
j) En Hart, los estándares jurídicos son elementos contextuales que ayudan a reducir la amplia discrecionalidad de la interpretación kelseniana.

V. El modelo dworkiano: principalista e interpretativo

Lo primero que habría que señalar sobre Ronald Dworkin es su manera de abordar el derecho. No lo hace como Kelsen o Hart desde el análisis sólo de las reglas, sino que incorpora los principios y directrices,[116] y en sus obras posteriores, como *El imperio de la justicia*[117] o *Matter of Principle*,[118] entiende el derecho como interpretación. Por lo tanto, en Dworkin, la perspectiva de análisis del derecho no es desde el legislador sino básicamente desde el juez.

Dworkin, como lo señala Alfonso García Figueroa, despliega sus críticas en tres fuentes: en contra del positivismo jurídico, del realismo y del utilitarismo. Sobre y en oposición al positivismo establece la existencia de los principios como elementos normativos impensables en el marco tradicional constituido por reglas. Con relación al realismo cuestiona la discreción judicial a través de dos argumentos: el democrático y el liberal. Según Dworkin, el juez viola la división de poderes si se admite algún tipo de discrecionalidad; el argumento liberal le sirve para establecer que no cabe legislar *ex post facto*: no es admisible la aplicación retroactiva de normas. En cuanto al utilitarismo, Dworkin admite la identificación entre derecho y moral, un concepto fuerte de derechos como "cartas de triunfo", y un rechazo en las decisiones judiciales a los argumentos consecuencialistas de cálculo, propios del utilitarismo.[119]

116 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *cit.*, nota 31, pp. 61 y ss.

117 Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, *cit.*, nota 31, pp. 44-71.

118 Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, *cit.*, nota 31, pp. 119-177.

119 García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988, pp. 219 y ss.

Se discute hasta dónde es Dworkin un positivista o un iusnaturalista.[120] Para algunos es un neoiusnaturalista, otros ven en su posición una vía intermedia entre positivismo y iusnaturalismo. Alguien opina que es un "iusnaturalista" *sui géneris*.

De las significaciones de positivismo y no positivismo expuestas por Guastini,[121] Dworkin parece ser un no positivista porque defiende la existencia de contenidos morales objetivos que se introducen en el derecho; en otras palabras, acepta la unión entre derecho y moral.

Si la teoría de Dworkin es "no positivista", cabría preguntar qué tipo de iusnaturalista es. Existen, a grandes rasgos, dos tipos de iusnaturalismo: el ontológico, que recurre al derecho natural como instrumento para fundar el derecho, para probar su validez, y el iusnaturalismo deontológico, que invoca el derecho natural con el fin de justificar el derecho positivo y no para conferirle validez.

En Dworkin, la moral no sirve para justificar el sistema jurídico sino como criterio material para determinar la validez de las normas del sistema jurídico. Sin embargo, tampoco puede ser considerado un iusnaturalista sin más, pues los contenidos morales que fundan su derecho carecen de las notas de universalidad e inmutabilidad; los principios de Dworkin son muchos y cambian con rapidez, sus contenidos provienen de la moral positiva y de la moral crítica, bajo el presupuesto de que el intérprete puede desvelar, a la mejor luz posible, el fin de la comunidad. En otras palabras, como dice García Figueroa:

120 Calsamiglia, A., "Ensayo sobre Dworkin", en Dworkin, R., *Los derechos en serio*, *cit.*, nota 31, pp. 7-29; Ruiz Miguel, A., "Creación y aplicación en la decisión judicial", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1983, pp. 7-31; Prieto Sanchís, Luis, "Cuatro preguntas a propósito de Dworkin", *Ronald Dworkin. Estudios en Homenaje. Revista de Ciencias Sociales*, Chile, núm. 38, 1993, pp. 69-100; Pintore, Anna, *Norme e Principi. Una critica a Dworkin*, Milán, Giuffrè, 1982, pp. 69 y ss.

121 Según Guastini existen tres significados de positivismo: en un primer sentido, positivismo alude a que el derecho es un producto de los hombres; en una segunda acepción, positivismo se identificaría con la separación de poderes; y positivismo puede significar también normativismo. Dworkin sería positivista en esta última y en la segunda perspectiva. En cuanto a la primera, aunque Dworkin no suscribe un iusnaturalismo basado en la idea de un orden normativo absoluto, eterno y universal, su posición favorable a los derechos morales fundaría las sospechas de no positivismo. Guastini, Riccardo, "Due note di teoria del dirito", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. X, núm. 2, 1980, pp. 540 y 541.

> La moralización del derecho (por la moral crítica) que propone Dworkin nos proporciona un cuerpo jurídico que, integrado por una serie de reglas, principios, etcétera, interpretados a la luz de la mejor teoría moral y política, es capaz de suministrarnos, en todo caso, una única respuesta correcta a las controversias jurídicas. Esta circunstancia convierte en innecesaria la discreción judicial, una práctica, por otra parte, inadecuada para el Estado de derecho…[122]

La concepción del derecho en Dworkin es principalista —apertura a la moral— y es obviamente interpretativista porque entiende el derecho desde el lugar asignado al juez en la resolución de casos. También su posición implica una concepción ideológica del Estado, de ahí su crítica al utilitarismo, y la consideración de que los derechos individuales deben imponerse siempre a los dictados de los cálculos de coste/beneficio del Estado.

En cuanto a los principios, habría que decir que en las obras de Dworkin se observa una devaluación de los mismos.[123] En *Los derechos en serio* tienen una consideración fuerte, sin embargo en *El imperio de la justicia* los principios pierden su centralidad y dejan paso a la teoría del derecho como integridad. La visión del derecho en esta última obra es interpretativista. Los principios son una cuestión instrumental en favor de la interpretación basada en la búsqueda de la solución correcta. Dworkin pretende armonizar un objetivismo moral que proporciona la respuesta correcta con un subjetivismo metodológico en la interpretación de la práctica social.

Dworkin tiene por su centro de interés el contexto de justificación de las decisiones, y deja de lado lo relativo al contexto del descubrimiento. De este modo, el teórico del derecho dworkiano no debe ocuparse de todos los factores que influyen en la toma de decisiones por parte de los jueces, sino que debe adoptar frente al material normativo la misma actitud que el derecho exige que el juez adopte. Esta actitud exige, por tanto, la adopción de un punto de vista interno al sistema jurídico, el de un participante en la práctica social del derecho.

Nuestro autor va a criticar lo que denomina las "teorías semánticas". Éstas son aquellas según las cuales el significado de la palabra derecho

122 García Figueroa, Alfonso, *op. cit.*, nota 119, p. 259.

123 Pintore, Anna, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, *cit.*, nota 120, p. 5.

viene dado por ciertas reglas de uso (semánticas) aceptadas por la comunidad lingüística, de modo que los juristas seguirán principios lingüísticos para juzgar las proposiciones acerca del derecho.[124] Bajo el rótulo de teorías semánticas se pueden encontrar teorías muy diversas, que se distinguirán entre sí atendiendo a la determinación de cuáles son los criterios que establecen la verdad o falsedad de las proposiciones sobre el derecho. Las primeras son teorías que se encuadran dentro del positivismo jurídico: los criterios de verificabilidad se fundamentan en ciertos hechos históricos. Existen para Dworkin dos visiones de positivismo: la de Austin y la de Hart. Según la teoría de Austin, una proposición sobre el derecho será verdadera si la misma registra de forma correcta una orden del soberano. En el positivismo de Hart, la verdad de las proposiciones dependerá de las convenciones sociales que representan la aceptación de la comunidad de un esquema de reglas que permiten a ciertas personas crear derecho válido. Igualmente, Dworkin critica al iusnaturalismo y al realismo como teorías semánticas. En el iusnaturalismo, los juristas siguen criterios morales universales e inmutables para determinar qué proposiciones sobre el derecho son verdaderas. Y en el realismo, las reglas lingüísticas que los abogados utilizan convertirían a las proposiciones sobre el derecho en instrumentales y predictivas respecto a lo que es o no es derecho.

Las teorías semánticas están afectadas, según Dworkin, por el "aguijón semántico",[125] pues consideran que la calificación de algo como derecho presupone necesariamente que se hayan respetado las reglas aceptadas por la comunidad que determinan el significado de derecho. La exigencia de respetar los acuerdos semánticos impide resolver los desacuerdos teóricos.[126] Hay dos tipos de desacuerdos. Los empíricos se dan cuando, frente a un determinado caso, se conocen cuáles son los fundamentos de derecho, es decir, cuáles son las condiciones de verdad de la proposición acerca del derecho, pero en cambio existen dudas sobre si de hecho tales condiciones se ven o no satisfechas en la realidad. Los teóricos son aquellos que problematizan sobre qué es lo que configura los fundamentos de derecho, es decir, cuáles son las condiciones de verdad de la proposición sobre el derecho. Dworkin opina que es imposible dar

124 Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, *cit.*, nota 31, pp. 35-43.

125 *Ibidem*, pp. 44 y ss.

126 *Ibidem*, pp. 16-19.

criterios semánticos que determinen si algo debe ser considerado como derecho. La única manera de extraer el "aguijón semántico" y ofrecer una explicación satisfactoria a los desacuerdos teóricos es optar por una teoría que considere al derecho como un concepto interpretativo.

En la posición de Dworkin, toda interpretación debe ser la manifestación de un propósito, debe proponer una manera de ver el objeto interpretado como si se tratara del producto de la decisión de buscar un conjunto de temas, visiones o propósitos, es decir, un sentido, y esto es así incluso cuando no existe un autor histórico del que pueda predicarse dicho propósito.[127] En palabras de Dworkin,

> …la interpretación constructiva trata de imponer un propósito a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual se considera que pertenece. De aquí no debe deducirse, ni siquiera a partir de esta burda descripción, que un intérprete pueda hacer de una práctica o de una obra de arte cualquier cosa que él hubiera querido que la misma fuera… La historia o la forma de una práctica u objeto restringe sus interpretaciones disponibles, a pesar de que el carácter de dicha restricción debe estar bien fundamentado… La interpretación creativa, desde una perspectiva constructiva, se ocupa de la interacción entre el propósito y el objeto...[128]

El intérprete de una práctica social deberá proponer un valor para dicha práctica, de manera que su interpretación describa un esquema de intereses, objetivos o principios de los que la práctica pueda ser expresión. ¿Qué ocurre en el caso de que los datos de la práctica admitan más de una interpretación, es decir, sean compatibles con varios valores? En estos casos, la elección de cada intérprete debe reflejar su opinión sobre qué interpretación propone el mejor valor para la práctica, lo que para Dworkin supone establecer la muestra mejor, tomando todo en cuenta.[129]

Existe o debe existir una actitud interpretativa que los participantes de una práctica social pueden adoptar frente a la misma, y las distintas eta-

127 *Ibidem*, p. 49.

128 *Ibidem*, pp. 48 y 49.

129 *Idem*; Marmor, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 36 y ss. Es evidente para muchos la influencia de Gadamer en la obra de Ronald Dworkin.

pas interpretativas que deben darse en una comunidad para que pueda hablarse de la existencia de dicha actitud.

La actitud interpretativa se compone de dos factores. El primero consiste en la presuposición de que la práctica posee un "sentido", o lo que es lo mismo, que sirve a ciertos propósitos o valores. El segundo factor supone el reconocimiento de la primacía de tales valores frente a las reglas, lo que implica cierta flexibilidad en la aplicación de las reglas que constituyen la práctica. El fenómeno jurídico se analiza a partir de tres etapas interpretativas.[130]

Dworkin señala que debe haber una etapa "preinterpretativa", donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido de la práctica interpretativa.[131] La compara con la etapa de la interpretación literaria en donde, por ejemplo, se identifica y distingue el texto de Moby Dick del texto de otras novelas. Según nuestro autor, coloca la palabra "preinterpretativa" entre comillas porque hasta en esta etapa es necesaria alguna forma de interpretación. Es necesario que exista un contenido sobre qué prácticas son jurídicas, de manera que los juristas puedan argumentar sobre la interpretación de elementos que deben ser, en primera instancia, los mismos.[132]

La segunda etapa es la interpretativa, en la que el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa. Aquí hay o debe haber un debate de por qué vale la pena buscar una práctica con esa forma general. Es decir, se trata de averiguar el sentido de la práctica social. El sentido viene configurado por los principios que permiten entender la práctica como un todo que sirve a bienes jurídicos o valores (la interpretación como integridad).[133] En ocasiones pueden existir distintas teorías que pugnan entre sí porque establecen sentidos diferentes, ya sea por la existencia de lagunas, antinomias, o simplemente porque se tienen concepciones diversas sobre los materiales jurídicos que están en análisis.

En la etapa pos-interpretativa, también llamada reformadora, se ajustan los sentidos en pugna de la etapa anterior sobre qué necesita en realidad la práctica para adecuarse mejor a la justificación que se acepta en la

130 Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, *cit.*, nota 31, pp. 57-59.

131 *Ibidem*, pp. 57 y ss.

132 *Ibidem*, p. 58.

133 *Ibidem*, pp. 132-163.

etapa interpretativa. Se elige una de entre las distintas posibles teorías interpretativas desarrolladas en la etapa anterior. La solución o la teoría escogida debe ser la mejor, es decir, aquella que se base en los valores que pueden mostrar a la práctica en cuestión como el "mejor ejemplo posible" del género al que pertenece.

Es, sobre todo, en esta última etapa pos-interpretativa en donde las cualidades del juez Hércules se manifiestan. Será capaz de reconstruir el derecho de cara a la solución de los casos. El intérprete Hércules lleva a cabo el proceso interpretativo después de haber concebido al derecho como una práctica social en la que se ha desarrollado la actitud interpretativa.

Dworkin, sin embargo, no genera una teoría consistente de la argumentación jurídica, dado que reconoce las dificultades para analizar la solución correcta y no establece los criterios para fiscalizar la decisión del juez.[134] Además, para sostener la idea de la única respuesta correcta habría que defender la existencia de una moral objetiva y la posibilidad de conocimiento de esa moral objetiva. Aunque Dworkin acepta la moral objetiva como una realidad, también es evidente que el propio Dworkin admite las dificultades para conocer esa moral objetiva.

Muchas críticas se pueden hacer a las teorías de Dworkin, además de la imposibilidad de la teoría de la única respuesta concreta. La visión dworkiana no produce una teoría de las fuentes, los principios de su concepción se han desvanecido y queda exclusivamente, lo que es muy importante, la concepción del derecho como concepto interpretativo. ¿Qué es el derecho? Dworkin lo contesta:

> …El derecho no queda agotado por ningún catálogo de reglas o principios, cada uno con su propio dominio sobre algún discreto teatro de conducta. Ni tampoco por un grupo de funcionarios y sus poderes sobre una parte de nuestras vidas. Es la actitud lo que define el imperio de la justicia (el derecho) y no el territorio, el poder o el proceso. Estudiamos dicha actitud principalmente en las cortes de apelación, donde se viste para la inspección, pero debe penetrar en nuestras vidas ordinarias si debe servirnos también en la Corte. Es una actitud interpretativa, introspectiva, dirigida a la política en sentido amplio. Es una actitud protestante que hace a cada

134 Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 193 y 194.

> ciudadano responsable de imaginar cuáles son los compromisos públicos de su sociedad con respecto al principio, y qué requieren estos compromisos en nuestras circunstancias… La actitud del derecho es constructiva: su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado. Es, por último, una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones…[135]

El derecho es, en fin, un sistema normativo orientado por valores, principios y objetivos, que tanto los ciudadanos, pero fundamentalmente los jueces, deben determinar para encontrar el sentido correcto, lo mejor posible, de las normas.

Si pudiésemos hacer una síntesis del modelo dworkiano en materia de argumentación diríamos que:

a) Distingue materiales jurídicos distintos a las reglas (los principios y las directrices).
b) Rechaza las teorías semánticas de la interpretación de carácter puramente lingüístico y propone un concepto más que principalista, interpretativo del derecho.
c) El modelo interpretativo admite que el juez está precondicionado por elementos contextuales y valorativos.
d) Hay una visión hermenéutica del derecho, por lo que los elementos de sentido y de significado son fundamentales.
e) Conecta derecho con moral, al grado que parece que quedan identificados.
f) Existe en los casos difíciles una única solución correcta.
g) El fenómeno jurídico se encuadra en tres etapas interpretativas: en la primera etapa se identifican las normas aplicables al caso, en la segunda se averiguan los sentidos de las normas, y en la tercera se ajustan los sentidos para adecuar la decisión al significado óptimo.

135 Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, *cit.*, nota 31, pp. 289 y 290. Para una reflexión sobre los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin véase Bonorino, Pablo Raúl, *El imperio de la interpretación. Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, *cit.*, nota 31.

h) No se genera una teoría consistente de la argumentación por las dificultades que se tienen par alcanzar la solución correcta.

VI. El derecho como procedimientos: Alexy

En la obra de Alexy los principios revisten una gran importancia.[136] Alexy impulsa una teoría del discurso práctico general que después aplica al campo jurídico. Su teoría es tanto de la argumentación como de la validez del derecho, sin olvidar su importante contribución a la teoría de los derechos fundamentales.

Los principios de la obra de Alexy pueden ser analizados desde el lado activo del derecho, es decir desde la argumentación, pero también desde el lado pasivo, esto es, de la pura concepción del derecho como estructuras o conjunto de normas. La visión de Alexy sobre el derecho es no positivista, tal como la ha definido Guastini, o neoconstitucionalista;[137] su fundamento reside en la pretensión de corrección a partir de la teoría consensual de la verdad de Habermas, que distingue entre un uso cognitivo y un uso interactivo del lenguaje.[138] La argumentación jurídica usa el lenguaje interactivo y tiene una base procesal que Alexy presenta así:

> La elaboración de un procedimiento que asegure la racionalidad de la aplicación del derecho es objeto de la teoría de la argumentación jurídica. Dos son las tareas que tiene que cumplir. La primera resulta de la racionalidad de la pertenencia al sistema jurídico tanto de un nivel de reglas como otro de principios. Estos objetivos autoritativos exigen desarrollo de reglas metódicas que aseguren la vinculación a ellos. La segunda tarea resulta del conocimiento ahora casi trivial de la metodología jurídica en el sentido de que es imposible un sistema de reglas metódicas que establezcan exactamente sólo un resultado. En todos los casos dudosos se requieren valoraciones que no pueden obtenerse necesariamente del material dotado de au-

136 Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, *cit*., nota 36; *id.*, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; *id.*, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995; *id.*, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 66, septiembre de 2002; *id.*, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993.

137 Guastini, R., "Due note di teoria del diritto", *op. cit.*, nota 121, pp. 540 y 541.

138 Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Cátedra, 1994, p. 354.

> toridad. Por lo tanto, la racionalidad del procedimiento de aplicación del derecho depende esencialmente de si y en qué medida son accesibles a un control racional. La respuesta de esta cuestión es la segunda tarea de la argumentación jurídica.[139]

La segunda parte de la teoría de la argumentación jurídica tiene en Alexy una gran importancia. Sostiene que aunque sea posible objetivar en alguna medida las valoraciones, ninguna vía resulta enteramente satisfactoria para resolver el problema de la fundamentación racional de las decisiones. Señala que quien equipara seguridad y racionalidad debe renunciar a una teoría de la argumentación jurídica racional, pues no es la producción de seguridad lo que constituye el carácter racional de la jurisprudencia, sino el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios o reglas. Además, precisa que como caso especial del discurso práctico general, el discurso jurídico incluye las reglas y las formas del discurso práctico general, y su utilización como criterio para decisiones correctas hace necesaria una referencia al discurso hipotético y al consenso hipotético. Por ello, en la medida en que en la argumentación jurídica sean necesarios argumentos prácticos generales, la teoría del discurso jurídico racional padece las inseguridades de la teoría del discurso práctico general.[140]

Las principales ideas de Alexy en materia de argumentación práctica o moral consisten en:

1) Iniciar con una teoría de la argumentación práctica o moral que después se lleva al derecho.
2) La argumentación jurídica es un "caso especial" del discurso moral.
3) La teoría de Alexy es una teoría normativa (analiza los buenos y malos argumentos), analítica (estudia la estructura de los argumentos), descriptiva (empírica), y capaz de enfrentar los problemas metateóricos de la misma.
4) Alexy, como Habermas, opina que la verdad en la argumentación práctica no se entiende como correspondencia de enunciados y hechos, sino que la condición de verdad de los enunciados depende del potencial asentimiento de los demás.

139 Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 174 y 175.

140 Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, *cit.*, nota 36, pp. 278 y 279.

5) Los enunciados normativos más que susceptibles de verdad son correctos o incorrectos.
6) Cuatro son las pretensiones de validez en el discurso moral para el consenso o el acuerdo: *a)* la pretensión de elaborar enunciados inteligibles; *b)* la pretensión de comunicar contenidos proposicionales verdaderos para que el oyente pueda compartir el saber del hablante; *c)* la pretensión del hablante de manifestar sus intenciones verazmente para que el oyente pueda creer en sus emisiones, y *d)* el hablante tiene que elegir una emisión correcta en relación con las normas y valores vigentes para que el oyente pueda aceptar sus enunciados de modo que puedan, en principio, coincidir entre sí.
7) Las pretensiones pueden ser problematizadas. El hablante tiene que dar razones para fundamentar que sus acciones o normas son correctas.
8) La argumentación no es una serie encadenada de proposiciones sino una serie de interacciones humanas.
9) En la argumentación, los participantes se someten a sí mismos a la coacción no coactiva del mejor argumento.
10) El discurso argumentativo remite a una situación ideal de habla. La corrección de los resultados dependerá de que se alcance un consenso en una situación de total libertad y simetría entre los participantes del discurso.
11) El discurso argumentativo debe seguir determinadas reglas para cumplir con la libertad y simetría del discurso. Las reglas no se refieren sólo a las proposiciones sino también al comportamiento del hablante. Son por ello semánticas y pragmáticas.
12) Las reglas y formas del discurso se dividen en: fundamentales, de razón, sobre la carga de la argumentación, sobre la forma de los argumentos, sobre las reglas de fundamentación, y de transición.
13) Las reglas fundamentales enuncian principios de no contradicción, de sinceridad, de universalidad y de uso común del lenguaje.[141]

[141] *Ibidem*, pp. 185-187. Las reglas fundamentales son: ningún hablante puede contradecirse; todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree; todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes, y distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

14) Las reglas de razón definen las condiciones de la racionalidad del discurso. Establecen un ideal al que cabe aproximarse por medio de la práctica.[142]
15) Las reglas sobre la carga de la argumentación son reglas técnicas que facilitan la argumentación.[143]
16) Las formas de los argumentos indican que hay dos maneras de fundamentar un enunciado normativo singular: por referencia a una regla o tomando en cuenta las consecuencias.
17) Las reglas de fundamentación se refieren a las características de la argumentación práctica y regulan cómo llevar a cabo la fundamentación mediante las formas anteriores (principio de universalidad, intercambio de roles, del consenso, de publicidad).[144] Existe un se-

142 *Ibidem*, pp. 187-190. Las reglas de razón son: todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación; quien pueda hablar puede tomar parte del discurso; todos pueden problematizar cualquier aserción; todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso; todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades; a ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos, mediante coerción interna o externa al discurso.

143 *Ibidem*, pp. 191-196. Las reglas sobre la carga de la argumentación son: quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo; quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello; quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en casos de contraargumentos; y quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

144 *Ibidem*, pp. 197-200. Las reglas de fundamentación son: quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas; las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos; toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general; las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica, una regla moral no pasa semejante prueba si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente haya perdido después su justificación o si originariamente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes; las reglas morales que sirvan de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica-individual. Una regla no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables; y, hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados.

gundo subgrupo de reglas de fundamentación que se dirigen a garantizar la racionalidad de las reglas a través de su génesis social e individual.[145] Finalmente, entre las reglas de fundamentación hay una que garantiza que se pueda cumplir con los fines del discurso práctico.[146]

18) Las reglas de transición auxilian para el cambio de planos del discurso (pasar, por ejemplo, del discurso sobre hechos a un discurso sobre conceptos, teorías o categorías científicas).[147]

Las bases, reglas y procedimientos anteriores de la teoría de Alexy para la argumentación práctica tienen por propósito establecer que un enunciado normativo es correcto, si y sólo si, puede ser el resultado del procedimiento que observe las reglas expuestas. Por eso, el procedimiento discursivo moral requiere reglas cuyo cumplimiento garantice que el resultado sea racional aunque no necesariamente correcto.

El procedimiento de argumentación práctica o moral, sin embargo, presenta dos insuficiencias: no resuelve plenamente el problema del conocimiento ni el problema del cumplimiento. Entre los problemas de conocimiento del discurso moral se menciona que: algunas reglas sólo pueden cumplirse de manera aproximada, no todos los pasos de la argumentación están determinados, y todo discurso empieza a partir de las convicciones normativas de los participantes, los que están condicionados cultural y psicológicamente. Respecto al problema del cumplimiento se dice que saber lo que es correcto no significa necesariamente estar dispuesto a actuar en ese sentido.[148]

La argumentación jurídica como caso especial de la argumentación moral resuelve, aunque no totalmente, los dos problemas. El cierre de la laguna de racionalidad de la argumentación moral se pretende atender con el carácter institucionalizado y coactivo del derecho. Su carácter ins-

145 *Ibidem*, pp. 199 y 200.

146 *Ibidem*, p. 200.

147 *Ibidem*, pp. 200 y 201. Las reglas de transición son: para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico); para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis de lenguaje, y para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

148 *Ibidem*, pp. 201-212.

titucionalizado obliga a conocer y su naturaleza coactiva a obedecer el resultado.[149] No obstante, Alexy aclara que aunque el procedimiento discursivo de argumentación jurídica tiende a resolver los problemas de conocimiento y de cumplimiento, debemos sostener que no por ello el resultado será necesaria y plenamente correcto.

La argumentación jurídica como caso especial del discurso práctico general se apoya en las siguientes bases, formas y reglas:

1) El procedimiento del discurso jurídico se define, por un lado, por las reglas y formas específicas del discurso jurídico que, sistemáticamente, expresan la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática, y por otro a las reglas y formas del discurso práctico general.
2) Se distinguen dos aspectos en la justificación de las decisiones jurídicas: la justificación interna y la justificación externa, de manera que existen también dos tipos de reglas y formas del discurso jurídico.
3) En la justificación interna para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal. La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.[150]
4) En los casos complicados, en los que no cabe efectuar directamente la inferencia deductiva, hay que acudir a una forma más general de justificación interna que establezca diversos pasos de desarrollo, de manera que la aplicación de la norma al caso no sea ya discutible.[151]
5) En la justificación externa, que se refiere a la justificación de las premisas, se alude a tres tipos de reglas: reglas de derecho positivo, donde la justificación consiste en mostrar su validez de acuerdo con los criterios del sistema; enunciados empíricos, que se justifican de acuerdo con los métodos de las ciencias empíricas, las máximas de la presunción racional y las reglas procesales de la carga de la prueba; y un tercer tipo de enunciados que son principalmen-

149 *Ibidem*, pp. 206-213.

150 *Ibidem*, pp. 214-222.

151 *Ibidem*, pp. 220-222.

te reformulaciones de normas, esto es, la forma y reglas de la justificación externa.

6) Se distinguen seis grupos de reglas y formas de la justificación externa, según las mismas se refieran: a la interpretación, a la argumentación dogmática, al uso de los precedentes, a la argumentación práctica general, a la argumentación empírica o a las formas especiales de los argumentos jurídicos.
7) Alexy distingue seis grupos de argumentos interpretativos: semánticos, genéticos, teleológicos, históricos, comparativos y sistemáticos, pero sólo elabora formas de los tres primeros.
8) En relación con la interpretación semántica ofrece tres formas de argumentos, según que se usen para justificar, criticar o mostrar que una interpretación es admisible.[152]
9) El argumento genético se justifica de acuerdo con la voluntad del legislador, tanto lo querido históricamente por él o lo que el legislador pretende alcanzar con la norma.[153]
10) La interpretación teleológica tiene relación con la finalidad objetiva de la norma sin acudir a lo que el legislador pretendió alcanzar con ella.[154]
11) Alexy propone el requisito de saturación para perfeccionar las formas de interpretación que se presentan de manera incompleta por el carácter implícito de los enunciados.[155]
12) La teoría argumentativa de este autor concede prevalencia a los argumentos semánticos (gramaticales) y genéticos (voluntad del legislador) sobre los demás.[156]
13) Los argumentos dogmáticos en la teoría de Alexy son muy importantes, ya que tienen por propósito otorgar coherencia interpretativa y que la discusión sobre normas se dé dentro de una ciencia jurídica que funcione institucionalmente. Las reglas de argumentación dogmática se refieren a la necesidad de fundamentar los enuncia-

152 *Ibidem*, pp. 226 y 227.
153 *Ibidem*, pp. 227-230.
154 *Ibidem*, pp. 231-234.
155 *Ibidem*, p. 236.
156 *Ibidem*, pp. 239 y 240.

dos dogmáticos en enunciados prácticos de tipo general, a la posibilidad de que los enunciados dogmáticos sean comprobados, tanto en sentido estricto como amplio, y a la necesidad de utilizar argumentos dogmáticos, puesto que su uso no sólo no contradice los principios de la teoría del discurso, sino que es un tipo de argumentación exigido por ésta en el contexto del discurso jurídico.[157]

14) El uso de precedentes se justifica porque el campo de lo discursivamente posible no podría hacerse con decisiones cambiantes e incompatibles. Es una extensión del principio de universalidad, aunque la obligación de seguir el precedente no es absoluta. La carga de la argumentación la tiene quien se aparta del precedente.[158]
15) Se destacan tres formas de argumentos jurídicos especiales: argumentos *a contrario*, la analogía y la reducción del absurdo. Las formas de los argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas.
16) Las reglas del discurso jurídico no garantizan que se pueda llegar a una única respuesta correcta. Ello se debe a que los participantes en el discurso acuden a él con convicciones previas y muchas de las reglas del discurso jurídico no necesariamente pueden ser satisfechas.
17) La pretensión de corrección es una pretensión limitada, pues se efectúa bajo las exigencias de la ley, la dogmática y los precedentes; los participantes están condicionados histórica y culturalmente; y en muchas ocasiones, las reglas y el procedimiento no se realizan en la práctica.
18) Alexy piensa que no puede haber una teoría fuerte de los principios. Sólo una teoría débil es admisible. Esta teoría débil de principios favorece entender la colisión entre ellos a través de la ponderación.
19) La teoría de la argumentación de Alexy debe ser capaz de unir dos modelos de sistema jurídico: el sistema jurídico como sistema de procedimientos y reglas del discurso, y el sistema jurídico como agregado de normas. El primero representa el lado activo del dere-

157 *Ibidem*, pp. 240-261.

158 *Ibidem*, pp. 261-266.

cho y el segundo el lado pasivo (este último se integra por reglas y principios).[159]

20) Los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son mandatos de optimización porque pueden ser cumplidos en diversos grados. La forma característica de aplicación de los principios es la ponderación.[160]
21) El modelo del derecho en tres niveles (reglas, principios y procedimientos) no permite alcanzar siempre una única respuesta correcta para cada caso, pero es el que conduce a un mayor grado de racionalidad.
22) La pretensión de corrección en un sentido fáctico es relativa, pero en un sentido normativo tiene una finalidad regulativa, es decir, los participantes están obligados a elevar su pretensión como si ésta presupusiera que es la única respuesta correcta.
23) La teoría de Alexy basada en procedimientos[161] y en normas ha sido cuestionada. Atienza ha señalado algunas insuficiencias generales, relativas: *a)* al objeto, en la medida en que se descuidan aspectos del razonamiento jurídico como la argumentación en materia de hechos, en la producción legislativa, en los procesos de mediación y negociación; *b)* al método, pues la teoría no permite analizar adecuadamente los procesos de argumentación y evaluar sus resultados, y *c)* a la función, pues ofrece un interés limitado para el teórico y práctico del derecho, y además no es crítica con el derecho positivo. Otros autores también han indicado su lejanía con la operatividad en el plano real del derecho.[162]

Muchos estudiosos han apuntado el fracaso de la fundamentación de las reglas del discurso práctico general, y destacan que la noción de co-

159 Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, *cit.*, nota 136, pp. 59-73.

160 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 136, pp. 81-172. También véase Alexy, Robert, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", *op. cit.*, nota 136, pp. 13-64.

161 Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, *cit.*, nota 136, pp. 59-73.

162 Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, *cit.*, nota 81, pp. 206-233.

rrección manejada por Alexy conduce a un concepto artificial de racionalidad.[163] Velasco Arroyo sostiene que las reglas del discurso no poseen la neutralidad de las que las reviste Alexy.[164] García Figueroa opina que la versión de Alexy retrasa el inevitable momento de la discreción judicial que propugna el positivismo —por ejemplo el de Hart—: la discreción judicial comienza donde se agotan los materiales normativos y la discreción en el modelo de Alexy se desarrollaría cuando los materiales normativos y morales no fuesen suficientes para discriminar entre las distintas respuestas correctas.[165] Algunos más objetan el etnocentrismo o el relativismo de la teoría, pues ésta sólo valdría para las sociedades occidentales y no para otras culturas.[166] Habermas niega que la argumentación jurídica sea un caso especial de la argumentación práctica, pues el derecho no contiene únicamente razones morales sino también razones éticas y pragmáticas.[167] Existe también el que cuestiona la rigidez de la racionalidad de Alexy que se concreta en el cumplimiento o no de las reglas, dado que respecto a la racionalidad no pueden caber grados.[168]

Las posturas anteriores tienden a diluir la pretensión de corrección de las decisiones. Esto es, desde luego, cierto, sin embargo la teoría de Alexy representa uno de los mejores intentos por encontrar una vía, un método, una forma para conferirle al derecho un cierto nivel de certeza. No comparto el pesimismo de José Antonio Seoane cuando señala:

> …las condiciones mínimas de racionalidad, representadas por las reglas y formas de argumentos propuestas por Alexy, conforman el marco de la racionalidad, una suerte de lindes infranqueables en la adopción de la decisión. Su código de la razón práctica puede ser, a lo sumo, el umbral de la razón prudencial, una razón práctica de otra naturaleza, sin la cual resulta

163 Herget, J. E., *Contemporary German Legal Philosophy*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1996, p. 55.

164 Velasco Arroyo, Juan Carlos, "El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de las normas jurídicas", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, t. XV, 1998, pp. 257-275.

165 García Figueroa, Alfonso, *op. cit.*, nota 119, pp. 343-345.

166 Herget, J. E., *op. cit.*, nota 163, pp. 53 y 56.

167 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, *cit.*, nota 29, p. 303.

168 Seoane, José Antonio, "Un código ideal y procedimental de la razón y práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy", *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Granada, Comares, 2003, p. 112.

> imposible responder satisfactoriamente al problema que origina su teoría de la argumentación: la fundamentación racional de las decisiones jurídicas.[169]

Un tema final que debe ser mencionado es la postura de Alexy sobre las relaciones entre moral y derecho. Los principios son el vínculo entre derecho y moral. El argumento de principios asegura que existe una serie de principios inmanentes al derecho y que vinculan al juez en los casos difíciles. Este argumento es de naturaleza conceptual y depende del argumento de la corrección y de una metaética descriptivista.[170] Se estructura en tres tesis: la de la incorporación, la moral y la tesis de la corrección.

La tesis de la incorporación afirma que existen principios en el derecho. Todos los sistemas jurídicos los tienen y la prueba de su existencia es el uso frecuente de la ponderación en las decisiones judiciales. Los principios se utilizan durante la aplicación porque durante ésta se requiere de un momento de discrecionalidad en el que intervienen factores morales e ideológicos. La cuestión sobre esta tesis es si estos principios tienen naturaleza jurídica o si tan sólo son expresión de la discrecionalidad judicial. Para Alexy, la aplicación requiere de un discurso fundamentador, una justificación, y ello vincula esta operación a la racionalidad práctica o moral a través de la tesis de la pretensión de corrección.

La segunda tesis, la moral, afirma que el derecho es estructuralmente moral. Los principios que aplica el juez tendrían la doble condición de ser jurídicos y morales. Alexy dice en *El concepto y la validez del derecho* que se puede señalar que el juez decide desde el punto de vista del contenido sobre la base de razones morales y desde el punto de vista de la forma sobre la base de razones jurídicas.[171]

La tesis de la corrección sostiene que existe una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral correcta. La moral correcta es la moral fundamentable, esto es, una moral que se desenvuelve en el ámbito de un sistema normativo cuya corrección dependería de su coherencia.

Se puede decir que la teoría discursiva de Alexy, basada en reglas, principios y procedimientos, produce una teoría del derecho que genera

169 *Ibidem*, p. 129.

170 García Figueroa, Alfonso, *op. cit.*, nota 119, p. 389.

171 Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 80.

un jurista que debe estar atento al derecho injusto y que debe, al mismo tiempo, denunciarlo para que pueda imponerse el verdadero derecho. Es una teoría que favorece las actividades de resistencia frente al derecho injusto que no provocaría una concepción positivista del derecho. No obstante, hay quien opina que se trata de una teoría conservadora porque la pretensión de corrección en el derecho infravalora logros históricos, como la lucha por el Estado de derecho, y no facilita cambios en el sistema normativo, esto es, concluye en una teoría legitimadora del *statu quo*.[172]

En resumen, la teoría de Alexy se caracteriza por:

a) Es una teoría procedimentalista de la argumentación.
b) Las reglas del discurso jurídico óptimo se basan en las reglas del procedimiento moral.
c) Las principales reglas del procedimiento discursivo descansan en la imparcialidad, libertad y simetría de los participantes.
d) Un enunciado normativo es correcto, si y sólo si, puede ser el resultado de un procedimiento que observe las reglas de imparcialidad, simetría y libertad.
e) La argumentación es un procedimiento discursivo correcto.
f) Los principales problemas de toda teoría de la argumentación son el problema del conocimiento y el problema del cumplimiento.
g) En toda argumentación jurídica debe distinguirse entre justificación interna y externa. La interna trabaja con reglas; la externa con principios y otros materiales normativos y sirve para resolver casos difíciles.
h) Todos los métodos argumentativos pueden usarse (regla de saturación).
i) No se garantiza una única respuesta correcta.
j) No se admite una teoría fuerte de principios.
k) El principio de proporcionalidad es la base para la solución de conflictos de principios.
l) El sistema jurídico se integra por procedimientos argumentativos y normas.

172 García Figueroa, Alfonso, *op. cit.*, nota 119, pp. 408 y 409.

VII. El modelo garantista: Ferrajoli

Ferrajoli construye un modelo jurídico que él denomina *garantismo*. El garantismo está basado en una concepción del derecho y del Estado que pretende reducir el papel punitivo y coercitivo del Estado y, al mismo tiempo, propende maximizar la igualdad, la libertad y en general los derechos fundamentales.[173] Nuestro autor señala que una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas —es decir, garantías— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo.

El garantismo es también una teoría jurídica de la validez del derecho. Para Ferrajoli, las normas para que sean validas exigen no sólo el respeto a la competencia del órgano que las emite y al procedimiento que se sigue para elaborarlas. La validez implica además el respeto irrestricto a las normas fundamentales del sistema constitucional. Esta doctrina de la validez opera como teoría de la deslegitimación interna del derecho, que reclama de los jueces y de los ciudadanos una constante tensión crítica hacia las leyes vigentes, las cuales siempre deben ser vistas a la luz de su validez. La autoridad y el juez no pueden ser pasivos y neutrales frente a las normas vigentes. Son los encargados de cuestionar internamente el derecho secundario a fin de que éste se aproxime en la mayor medida posible a las normas constitucionales, cuyo cumplimiento ensanchará el ámbito de la libertad individual.

El garantismo es igualmente una filosofía política que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. Presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo, entre ser y deber ser del derecho. Equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del Estado. La justificación

[173] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *cit.*, nota 48, pp. 851-903. El garantismo es posteriormente desarrollado de manera más precisa en su obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999. También del mismo autor véanse *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, y *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004.

externa no admite fundamentaciones absolutas o totales, sino contingentes, parciales, *a posteriori* y condicionadas.[174]

Para Ferrajoli, no puede entenderse el Estado de derecho como aquel que tiene exclusivamente una forma legal. Sólo los Estados constitucionales, que en los niveles normativos superiores incorporan límites formales y sustanciales, pueden ser Estados de derecho. La definición de validez en Ferrajoli exige, por un lado, una validez formal en donde las formas de ejercicio del poder y los sujetos titulares están sometidos a la ley, pero, por otro, la validez material establece obligaciones y prohibiciones, criterios de decisión a las autoridades y a las mismas normas. El Estado de derecho tiene así dos características: una legalidad formal, que significa que todo poder público está subordinado a leyes generales y abstractas que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se encuentra sometida al control de los jueces; y una legalidad sustancial, en donde todos los poderes del Estado deben estar al servicio de la garantía de los derechos fundamentales mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales.[175] Si el principio de legalidad formal se limita a exigir que el ejercicio de cualquier poder tenga por fuente la ley como condición formal de legitimidad, el principio de legalidad sustancial exige que la propia ley esté sujeta a contenidos materiales —derechos humanos— para que pueda ser considerada legítima y válida.

La democracia en Ferrajoli comprende dos tipos de reglas. Las primeras son reglas sobre quién puede y sobre cómo se debe decidir, esto es, las clásicas reglas del sistema democrático liberal que se apoya en un sistema electoral que permite la competencia en una igualdad aproximada entre distintas fuerzas políticas. Las segundas son las reglas sobre qué se debe y no se debe decidir, reglas que definen el carácter del derecho o del sistema jurídico en función de la garantía de los derechos fundamentales. Estas últimas reglas sobre la democracia no se entienden como presupuestos de la democracia sino como elementos centrales del concepto de la misma. Por ello Ferrajoli ha sido cuestionado por algunos autores

174 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *cit.*, nota 48, pp. 880-903.

175 *Ibidem*, pp. 855-857.

como Bovero, quien considera que algunos derechos fundamentales como la libertad de expresión, de reunión o manifestación no son componentes de la democracia sino presupuestos de la misma.[176]

En la teoría garantista se hace un repaso sobre los derechos de libertad y sobre los derechos sociales. Ferrajoli considera que ambos —los de libertad y los de igualdad— poseen las características definitorias de todo derecho fundamental, esto es, su carácter inviolable, inderogable, indisponible, inalienable y universal. En su trabajo denominado *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ferrajoli desarrolla cuatro tesis esenciales para una teoría de la democracia constitucional. La primera señala la diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales: la propiedad como derecho patrimonial es disponible, nace de actos o de hechos jurídicos y no tiene las notas definitorias de un derecho fundamental. La segunda indica que los derechos fundamentales son el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica. La tercera se refiere a la naturaleza supranacional de los derechos fundamentales que pueden ser invocados ante instancias internacionales de protección. La cuarta tesis insiste en la separación entre derechos y garantías, pues los derechos no dependen de las garantías para que existan.[177]

Los derechos sociales cambian la base de legitimación del Estado; mientras que el Estado de derecho liberal estaba basado en los derechos de libertad y se conformaba con no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el Estado social debe mejorarlas a través de los derechos fundamentales correspondientes. El problema con los derechos sociales es que no se han visto acompañados por garantías jurídicas adecuadas, por técnicas de defensa de protección jurisdiccional semejantes a las previstas para los derechos de libertad. Lo que se ha hecho en materia de derechos sociales por los llamados Estados del bienestar no ha sido lo correcto, en tanto que han proliferado las burocracias, la discrecionalidad administrativa, el juego no reglado de los grupos de presión, el clientelismo, las sedes extra legales de solución de conflictos, la no transparencia del poder público; es decir, un Estado paternalista, burocrático, incapaz

176 Bovero, Michelangelo, "Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 215-242.

177 Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 25-29.

de ofrecer satisfacción a los derechos sociales. Ferrajoli propone revertir esta situación mediante el establecimiento de técnicas jurídicas de garantía a los derechos sociales. Existe en esta teoría un replanteamiento de la democracia: ésta refleja o debe reflejar no sólo la voluntad de la mayoría sino los intereses y las necesidades vitales de todos. La democracia de esta manera sería sustancial o social, un Estado de derecho dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y un Estado político representativo basado en el principio de las mayorías.[178]

Un asunto importante es ver cómo Ferrajoli aborda el problema de la interpretación. Aunque la argumentación tiene un carácter secundario en la obra de Ferrajoli, es claro que su teoría va a propender a una interpretación garantista. Ferrajoli señala que cuanto más se expanden en un ordenamiento los derechos y las garantías con la incorporación de deberes públicos, tanto mayor puede ser la divergencia entre validez y vigencia, entre deber ser y ser del derecho. Existe una latente y estructural ilegitimidad jurídica del Estado de derecho debido a la ambición de las promesas formuladas en sus niveles normativos superiores y no mantenidas en sus niveles inferiores. Por esto, frente al problema de la inefectividad e ilegitimidad en el Estado de derecho puede haber dos soluciones interpretativas: una de carácter restrictivo que consiste en limitar los contenidos de las normas de nivel superior para hacerlas compatibles con las de nivel inferior, o peor, promover reformas a la constitución formal para adecuarla a la constitución material; la otra es una interpretación progresiva que ve crecer las incoherencias en el ordenamiento secundario pero que tiende a maximizar los valores constitucionales mediante reformulaciones normativas a partir de interpretaciones desde la Constitución en términos más ricos y vinculantes.[179]

En cuanto a la ciencia y teoría jurídicas, Ferrajoli elabora una crítica fuerte a lo que él llama el positivismo dogmático, que confundió el derecho vigente con el derecho valido, que ignoró que el concepto de vigencia es una categoría independiente de la validez y efectividad. Según Ferrajoli, el modelo dogmático empobreció al derecho porque careció de una visión crítica frente al derecho positivo, se conformó y resignó frente a los modos de funcionamiento real del derecho. El garantismo es una vi-

178 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *cit.*, nota 48, pp. 864-868.

179 *Ibidem*, p. 867.

sión crítica del derecho que pone en cuestión la fidelidad del juez a la ley y entiende que la función de la ciencia no es meramente descriptiva y avalorativa en relación con el derecho vigente. El garantismo cuestiona de raíz los dos dogmas del positivismo dogmático: la obligación del juez de aplicar la ley y la avalorativiadad de la ciencia del derecho. Sobre el primer asunto, Ferrajoli señala que cuando las leyes vigentes son sospechosas de invalidez, no existe obligación jurídica de aplicarlas; la obligación es relativa, y para superarla basta la valoración crítica del juez, que en vez de aplicarla, objeta su invalidez. En cuanto al segundo, Ferrajoli rechaza a Kelsen y a Bobbio, pues la ciencia jurídica debe ser crítica tanto interna como externamente; la crítica debe hacerse con parámetros tanto formales como sustanciales, dado que la crítica es parte de la revisión de las normas inferiores del ordenamiento en relación con las superiores.[180] Es más, Ferrajoli hace de la crítica al derecho vigente la principal tarea del jurista, en tanto que de ella proviene la permanente posibilidad de autorreforma del ordenamiento a partir de sus propios principios.

La teoría del garantismo, como ya se dijo, también implica una filosofía política. Para nuestro autor existen dos tipos de doctrinas políticas: las primeras fundamentan los sistemas políticos sobre sí mismos, justificando el derecho y el Estado como bienes o valores intrínsecos, y las segundas fundan los sistemas políticos sobre finalidades sociales, justificando las instituciones políticas y jurídicas sólo como males necesarios para la satisfacción de intereses vitales de los ciudadanos. Esta distinción se debe a Luhmann, quien distinguió entre teorías autopoyéticas y heteropoyéticas. El garantismo sería una teoría heteropoyética en donde el Estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si él mismo los viola. Las teorías heteropoyéticas conciben a la sociedad y a los individuos como fines en sí mismos con respecto a los cuales el Estado y el derecho son medios instituidos para su tutela.[181]

Según Ferrajoli, las teorías utilitaristas y el iusnaturalismo laico, así como el racionalista, son posiciones heteropoyéticas. Doctrinas en las que el derecho es concebido como un artificio creado por el hombre y para el hombre. El garantismo consiste, como teoría heteropoyética, en la

180 *Ibidem*, pp. 872-874.

181 *Ibidem*, pp. 880-886.

negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder sólo por ser efectivo; en el garantismo tiene prioridad el punto de vista ético-político que conforma los derechos fundamentales. El garantismo se apoya en un presupuesto pesimista acerca del poder, éste es malo, pues se halla expuesto a falta de límites y garantías y puede degenerar en el despotismo. Ferrajoli rechaza la concepción autopoyética porque los derechos de los ciudadanos resultan instrumentalizados por intereses públicos superiores a ellos. En la concepción heteropoyética, por el contrario, los poderes públicos y privados están instrumentalizados para la tutela de los derechos fundamentales. Nuestro autor pone como ejemplo de norma heteropoyética el contenido de la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia cuando señalaba: "…El gobierno es instituido, o debería serlo, para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad…".[182] El Estado de derecho garantista sólo puede estar justificado o fundamentado por fines completamente externos al propio ordenamiento.

El punto de vista externo de la teoría de Ferrajoli es el valor persona, y la pluralidad de puntos de vista externos expresados por ellas. A partir del valor persona, Ferrajoli elabora como fundamento de su teoría garantista el principio de igualdad jurídica. La igualdad consiste en el igual valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo distinto de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás. Las diferencias sociales y económicas se trasforman en privilegios o discriminaciones que deforman la identidad y determinan la desigualdad, aunque se reconoce que no todas las desigualdades jurídicas son intolerables, lo son aquellas que obstaculizan la vida o las libertades. Ferrajoli expone dos tipos de igualdad: la formal y la sustancial. Por la igualdad formal los seres humanos son considerados iguales prescindiendo del sexo, la raza, la lengua, la religión o las opiniones políticas. Por la igualdad sustancial los seres humanos deben ser hechos tan iguales como sea posible. La igualdad tanto formal como sustancial puede ser definida como igualdad en los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son las técnicas mediante las que la igualdad resulta asegurada o perseguida. Según Ferrajoli, podemos redefinir los derechos fundamentales, en contraposición a todas las demás situaciones

182 *Ibidem*, p. 885.

jurídicas, como aquellos derechos cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad. A diferencia de los derechos patrimoniales, los derechos fundamentales no son negociables y corresponden a todos.[183]

Ferrajoli distingue técnicamente entre situaciones jurídicas, capacidades y derechos fundamentales. Las situaciones jurídicas corresponden a poderes o deberes adquiridos conforme a "causas" o "títulos" específicos y ejercitables mediante actos potestativos dotados a su vez de efectos en la esfera jurídica propia o en la de otros, tal como la propiedad o los derechos de crédito. Las capacidades definen el *status* de las personas designando su igual idoneidad para realizar actos o llegar a ser titulares de situaciones desiguales, verbigracia, las capacidades jurídicas de goce y de obrar, penales o las capacidades político-electorales. Los derechos, en cambio, son inmunidades o facultades reconocidas a todos con independencia de títulos y no interfieren jurídicamente en la esfera de otros sujetos; sus características son: la universalidad y su carácter personalísimo, indivisible, inviolable, indisponible e inalienable.

Los derechos fundamentales, según Ferrajoli, no están comprendidos dentro del concepto de derechos subjetivos propio del positivismo jurídico decimonónico. La razón que da para desincorporarlos del concepto tradicional de derechos subjetivos proviene de la distinción ya mencionada entre tesis autopoyéticas y heteropoyéticas. Concebir a los derechos humanos como derechos subjetivos implica subordinarlos al interés general o a la creación del Estado para que existan, es una negación a la tesis heteropoyética. La comprensión de los derechos públicos subjetivos evidencia su matriz estatalista y autoritaria.[184]

Un tema de gran importancia en la teoría de Ferrajoli reside en su punto de vista sobre la obligación moral o política de obedecer el derecho. Según nuestro autor, no existe una obligación total o incondicionada de obedecer el derecho porque ello conduciría al positivismo ideológico ya delineado por Bobbio. Cuando mucho existe una obligación moral condicionada al respeto de normas morales de valor superior. Rechaza la posición de algunos autores italianos que sostienen que hay una obligación de adhesión moral a los ordenamientos liberales y democráti-

183 *Ibidem*, pp. 907-912.

184 *Ibidem*, pp. 912-915.

cos. De acuerdo con Ferrajoli los ciudadanos no tienen una obligación moral de obedecer el derecho, y si existe, es tan sólo condicionada o *prima facie*, no hay una obligación *a priori*. En cambio, las autoridades, que protestaron cumplir la Constitución, tienen una obligación moral de aceptarla, desde luego dentro del marco de cuestionamiento crítico del que ya hablamos anteriormente. Nuestro autor justifica la desobediencia civil y el derecho de resistencia. Señala que constituye un deber moral desobedecer las leyes cuando entran en conflicto radical con los valores universales y fundamentales sancionados en la Constitución.[185]

La función garantista del derecho consiste en la minimización del poder tanto privado como público. La técnica de minimización de los poderes públicos y privados es la maximización de los derechos fundamentales y la limitación e instrumentalización de las situaciones jurídicas. A diferencia de Bobbio, Ferrajoli sostiene que no toda ley limita la libertad. Limitan las libertades las leyes que comprimen derechos fundamentales, por ejemplo normas penales sobre delitos de opinión, de asociación o de reunión. Puede haber leyes dictadas para la defensa de los derechos que limitan a los poderes, tales como las leyes de trabajo que restringen los poderes de los patronos y amplían los derechos de los trabajadores, o leyes que disciplinan el crédito y la propiedad. Para nuestro autor existen ámbitos en donde la función garantista no se cumple: hacia abajo, en los ámbitos domésticos o puramente privados, y hacia arriba, en las relaciones internacionales entre Estados. En esas sedes *infra* y *supra* jurídicas es en donde permanecen y se desarrollan micro y macro poderes salvajes, que son las formas de poder más incontroladas e ilimitadas. Frente a estos poderes extra legales o ilegales no debe plantearse ningún problema de obediencia ni política ni jurídica, pues son poderes de hecho. Los poderes jurídicos como los extra jurídicos constituyen la base de las desigualdades entre las personas. Los primeros producen desigualdades formales y los segundos sustanciales. El poder tiene el efecto específico de producir desigualdad, disparidad, serialización, disciplina y relaciones de sujeción. En cambio, los derechos fundamentales promueven la igualdad, la dignidad de las personas, la libre comunicación basada en el recíproco respeto y el reconocimiento como iguales.[186]

185 *Ibidem*, pp. 920-931.

186 *Ibidem*, pp. 931-936.

A Ferrajoli le preocupa de manera singular lo que denomina la criminalidad estatal interna y externa como manifestaciones del poder legal y extralegal. Denomina criminalidad estatal interna a los delitos realizados por el Estado contra sus ciudadanos, cuando los delitos no pueden ser llevados ante tribunales o a instancias formales. Un sistema democrático da señales de vida si alcanza a evitar la impunidad o inefectividad del derecho procesal. La solución a los problemas de criminalidad interna de los Estados reside en la afirmación de los derechos fundamentales como normas de *ius cogens* obligatorias a los Estados por encima de sus ordenamientos. La criminalidad estatal externa o internacional deriva de la proliferación de guerras, incursiones, invasiones, experimentación con armas peligrosas, amenazas nucleares, etcétera. Para Ferrajoli, la solución a la criminalidad externa de los Estados radica en la primacía de los pueblos sobre las organizaciones políticas estaduales. Ésta es una tesis jurídica que se funda en el principio de soberanía popular y en los derechos fundamentales; el problema es que aún la comunidad internacional no es una comunidad de pueblos sino de Estados. Se requiere un contrato que limite la libertad de los Estados, sus soberanías, para evitar exterminios, catástrofes ecológicas y lograr interdependencia económica, tecnológica y cultural en planos de igualdad. Esto es, la visión garantista del Estado nacional debe elevarse al plano internacional.[187]

La teoría garantista concluye con una dosis de realismo que establece que más allá de la elaboración teórica y normativa de los principios, los derechos y sus garantías jurídicas, lo difícil es defender, actuar y desarrollar en la práctica un sistema de garantías. No es una cuestión jurídica, es una cuestión de hecho que tiene que ver con la lealtad de los poderes públicos a las instituciones, con la madurez democrática de las fuerzas políticas y sociales, con su disposición de luchar por los derechos; en una palabra, con el apoyo práctico ofrecido al sistema normativo de garantías. Ferrajoli rechaza la falacia politicista pero también la falacia garantista. La falacia politicista señala que basta la fuerza de un poder bueno para satisfacer las funciones de tutela asignadas al derecho. La falacia garantista, por su parte, se apoya en el argumento de que son suficientes las razones de un derecho bueno, dotado de sistemas avanzados de garantías constitucionales, para contener el poder. Frente a estas falacias se debe luchar por la realización del derecho, de sus garantías, remover los obstáculos

187 *Ibidem*, pp. 936-940.

del poder, fomentar la lealtad de las fuerzas políticas y sociales a las instituciones democráticas y a los derechos fundamentales, y ampliar la vigilancia de la sociedad.[188]

La teoría de Ferrajoli es una teoría para la protección de los débiles que blande el arma de los derechos fundamentales para conseguirlo. Es una posición impregnada de compromiso cívico, y como concepción del mundo puede ser cuestionada por su falta de claridad, pues es al mismo tiempo una teoría descriptiva y prescriptiva que mezcla continuamente el punto de vista interno y externo del derecho, conjuga igualmente el positivismo y el iusracionalismo, presenta una visión de la democracia y del constitucionalismo como elementos en tensión y desconfía de todo tipo de poder, incluyendo los mayoritarios.[189]

La obra *Los fundamentos de los derechos fundamentales* expone las principales ideas de los críticos del garantismo. Guastini rechaza la visión de Ferrajoli sobre los derechos subjetivos, y el tratamiento que de la universalidad e indisponibilidad se hace como elementos de los derechos fundamentales.[190] Ermanno Vitale pone el acento en si puede haber una definición formal-neutra de derechos fundamentales, en si puede existir un iuspositivismo del deber ser, si la moral y la política se vuelven residuales de la democracia sustancial, si la idea del contrato social constituye una metáfora de la democracia, y si la desigualdad en los derechos y el racismo son coesenciales.[191] Danilo Zolo señala dudas sobre la definición formal de los derechos fundamentales, y si la propiedad constituye o no un derecho fundamental.[192] Mario Jori entra de lleno en la polémica sobre si las garantías son consubstanciales a los derechos.[193] Luca Bacce-

188 *Ibidem*, pp. 940-948.

189 Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo, "Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 176, pp. 16 y 17.

190 Guastini, Riccardo, "Tres problemas para Luigi Ferrajoli", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 176, pp. 57-62.

191 Vitale, Ermanno, "¿Teoría general del derecho o fundación de una República óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 176, pp. 63-73.

192 Zolo, Danilo, "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 176, pp. 75-104.

193 Jori, Mario, "Ferrajoli sobre los derechos", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 176, pp. 105-137.

lli bucea en los fundamentos de los derechos.[194] Bovero cuestiona el concepto de democracia sustancial de Ferrajoli.[195] Anna Pintore elimina a los derechos del concepto de democracia de Ferrajoli, los concibe como presupuestos pero estima que no pueden incluirse en el contenido, y ahonda en las difíciles relaciones entre democracia y derechos fundamentales.[196] Vitale trata de ubicar la teoría de Ferrajoli entre el positivismo y el iusnaturalismo.[197]

Las críticas anteriores y las réplicas de Ferrajoli a sus críticos nos muestran el valor teórico de sus planteamientos y el carácter no complaciente de su teoría. Por mi parte, echo de menos que la teoría garantista no desarrollara una teoría de la argumentación y/o de la interpretación.

En resumen, de Ferrajoli podemos decir, respecto al impacto de sus ideas en la argumentación, que:

a) El garantismo maximiza los derechos humanos y reduce el papel punitivo del Estado.
b) Su teoría de la validez implica el respeto y garantía de los derechos humanos.
c) Las normas son inválidas cuando se apartan de los derechos humanos. Su teoría busca deslegitimar el derecho vigente secundario cuando no se ajusta a las normas constitucionales.
d) Los jueces y autoridades son los guardianes de los derechos humanos y los primeros obligados a deslegitimar el derecho vigente opuesto al derecho válido de carácter constitucional.
e) Condena la neutralidad y avaloratividad en el derecho.
f) El garantismo es también una filosofía política que presupone la separación del derecho y la moral.
g) La democracia implica a los derechos humanos. La democracia no es sólo reglas electorales.

194 Baccelli, Luca, "Derechos sin fundamento", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 176, pp. 197-213.

195 Bovero, Michelangelo, *op. cit.*, nota 176, pp. 215-242.

196 Pintore, Anna, "Derechos insaciables", en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 177, pp. 243-265.

197 Vitale, Ermanno, "Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales. Entre iusnaturalismo y iuspositivismo", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 176, pp. 267-285.

h) El derecho es injusto si se aparta de los derechos humanos. La justificación del derecho vigente siempre es parcial, *a posteriori* y condicionada al respeto de los derechos humanos.
i) La interpretación es un asunto secundario.
j) Se propone una guía interpretativa que propende siempre a maximizar en los casos concretos los derechos humanos.
k) La ciencia jurídica debe ser crítica con el derecho vigente en aras de que éste se oriente a la maximización de los derechos fundamentales.

VIII. Recapitulación

La argumentación es determinada por las características de las escuelas jurídicas. No hay neutralidad posible, el modelo de derecho explica la forma de entenderlo, de justificarlo y de argumentarlo. ¿Cómo se da esa determinación o condicionamiento? Creo que los factores a tomar en cuenta en el análisis de cada escuela o modelo de derecho son los siguientes:

1) La extensión del material jurídico. Es decir, si además de reglas, el derecho se conforma por principios, valores, directrices, definiciones, etcétera.
2) El papel que tiene el intérprete. Si se le concibe como aplicador mecánico o si tiene capacidades para reformular normas. Si entiende su función como conocimiento de significados normativos o como atribuidor de significados.
3) Si el derecho es algo más que normas emitidas por el legislador y otros órganos del Estado. Si el derecho es una práctica social que debe ser entendida desde el contexto. Si existe una precomprensión por el intérprete del texto jurídico.
4) Qué rol desempeña el caso y el ordenamiento en cada interpretación concreta.
5) Si la interpretación es más que conocimiento jurídico, qué papel juegan las perspectivas del intérprete.
6) El papel de los derechos humanos y el compromiso que se tenga con ellos.

7) La función de las técnicas argumentativas más allá del silogismo formal y los métodos interpretativos tradicionales. Es decir, el papel de la retórica y los procedimientos argumentativos.
8) La significación de la Constitución y del resto de las fuentes dentro del sistema.
9) El tipo de cultura jurídica de los operadores jurídicos.
10) El desarrollo institucional desde una perspectiva del Estado de derecho y la democracia.

Éstos y otros factores explican la manera de entender la argumentación. Algunos de estos factores forman parte de los distintos modelos de derecho y en cada escuela o modelo jurídico tienen distinta respuesta. Por ello, el modelo de derecho en el que se ubica el intérprete condiciona su interpretación. Desde luego que no sólo el modelo de derecho impacta al intérprete, también lo hace la sociedad y la cultura en donde se ubica ese intérprete. La argumentación en sociedades democráticas, pluralistas y heterogéneas tiene una connotación muy distinta a la de sociedades autoritarias, no pluralistas y homogéneas. La argumentación también es determinada por las orientaciones en favor de las minorías y la presencia de fenómenos como la globalización. Sin duda, los niveles de desarrollo y el momento histórico generan comprensiones propias sobre el derecho y la argumentación.

Los neoconstitucionalismos son las formas contemporáneas de entender el derecho. Estas posiciones suelen poner en primer plano la garantía plena a los derechos fundamentales; hacen una distinción entre los materiales normativos, preponderantemente entre reglas y principios; y, en general, son teorías que abandonan el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo. Los neoconstitucionalismos adoptan un modelo argumentativo del derecho, conciben al derecho como argumentación.

Para un neoconstitucionalista, la Constitución no es un documento formal, se entiende como la norma jurídica más importante del sistema cuya fuerza normativa obliga a todos y, por eso, todas las autoridades deben aplicarla. En el neoconstitucionalismo, la Constitución no requiere la disposición de ningún acto jurídico para desplegar su fuerza vinculante. El juez, en cada caso, debe tener en cuenta la Constitución, el ordenamiento y, por supuesto, las exigencias de las circunstancias concretas. La Constitución y el derecho no se interpretan bajo el vetusto esquema de

los métodos tradicionales sino mediante la ponderación, que implica la concordancia práctica entre principios. El neoconstitucionalismo concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley.

La aplicación del principio de proporcionalidad en la argumentación abandona el esquema lógico-deductivo y requiere del juez una racionalidad tanto teleológica como axiológica. Argumentar equivale a justificar. El neoconstitucionalismo obliga a niveles de mayor justificación.

En las teorías de la argumentación del neoconstitucionalismo se sabe que la certeza jurídica del positivismo tradicional es ilusoria. Estas teorías no nos engañan, en general se colocan en posiciones intermedias. Salvo Dworkin, casi ninguna asume que en los casos difíciles sólo cabe una respuesta correcta. Tampoco se destacan por una fuerte discrecionalidad judicial. Ésta es controlada no con herramientas falsas e inadecuadas —la subsunción y el silogismo—, sino con el balance entre razones.

El neoconstitucionalismo también ve la relación, aunque sea débil, entre derecho y moral. Sabe que es inevitable, pues los sistemas normativos están interrelacionados. Lo que se considera trascendente, en todo caso, es que el juez y la autoridad decidan con fundamento en el derecho y no con base en la moral. Es obvio que la indeterminación de los principios abre el ordenamiento a la moral, a la política y al mundo social. Una de las visiones más antiguas del positivismo fue la exégesis, que estuvo caracterizada por ser una escuela formalista, mecanicista y estatalista. Nunca desarrolló una visión argumentativa del derecho. Entendió la interpretación desde la aplicación del silogismo, la subsunción y los métodos tradicionales del derecho.

Los iusnaturalismos, sobre todo los ontológicos, subsumen el derecho en la moral. Son sospechosos porque los principios morales que pueden dar o fundamentar al sistema normativo dependen de visiones ideológicas previas que casi siempre obedecen a visiones parciales, *a priori* e incompletas de la moral. El iusnaturalismo que puede ser reivindicado es el deontológico, que sostiene la aspiración ética del derecho y le señala una serie de funciones de control y vigilancia del ordenamiento jurídico, de fundamentación de los derechos humanos y de puente entre derecho y moral.

El realismo extremo estadounidense conduce al irracionalismo. Algunas escuelas de ese realismo no hacen ningún esfuerzo por buscar la jus-

tificación y el control racional de las decisiones. Es superior el realismo escandinavo de Ross que rechaza conferirle al juez el papel de autómata o de sujeto irracional. Según Ross, la interpretación es un hecho empírico que determina significados. Los resultados interpretativos pueden con frecuencia no conducir a un resultado cierto, por la inevitable vaguedad de las palabras o la dificultad para aprehender el caso. La tradición escandinava señala que el juez es un ser humano que presta atención a su tarea social tomando decisiones que siente como correctas de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural.

Este capítulo ha abordado teorías positivistas tradicionales que conciben el derecho a partir de reglas y que asignan al juez una dosis más o menos fuerte de discrecionalidad. Kelsen y Hart son ejemplo de ello. Ambos abandonaron las posiciones mecanicistas. En Hart, es muy claro: el juez tiene que interpretar el derecho a partir de estándares generales inteligibles.[198] Los dos asumen la interpretación preponderantemente desde la perspectiva del legislador. Kelsen la concibe como un acto de voluntad.

Dworkin elabora un paradigma interpretativo y principalista del derecho. Sobre el positivismo tradicional, incorpora a su modelo de derecho, además de las reglas, los principios y directrices. En cuanto al realismo, cuestiona la discreción judicial fuerte porque, opina, viola la división de poderes y promueve decisiones que infringen el principio de no retroactividad de la ley. Respecto al utilitarismo, lo condena, porque usa argumentos consecuencialistas basados en el cálculo.

La interpretación de Dworkin es constructivista, pues trata de imponer un propósito a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual se considera pertenece. La actitud interpretativa se compone de dos factores. El primero consiste en la presuposición de que la práctica posee un "sentido", esto es, que sirve a ciertos propósitos o valores. El segundo factor supone el reconocimiento de la primacía de los valores frente a las reglas.

Según Dworkin, el fenómeno jurídico consiste de tres etapas. En la primera, la preinterpretativa, se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido de la práctica interpretativa. La segunda es la in-

198 Úrsua, José Francisco, "Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos", *Isonomía*, México, núm. 20, abril de 2004, p. 266.

terpretativa, aquí el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica, es decir, se trata de averiguar el sentido de la práctica social; el sentido viene configurado por los principios. La última etapa es la pos-interpretativa, en donde se elige la teoría interpretativa que sea la mejor, aquella que se base en los valores que puedan demostrar a la práctica en cuestión como "el mejor ejemplo posible" del género al que pertenece.

La obra de Alexy tiene por fundamento la pretensión de corrección a partir de la teoría consensual de la verdad de Habermas. La argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación moral. Se basa en un procedimiento interactivo apoyado en reglas que pretenden conferir simetría y libertad al discurso argumentativo. La intención es que prevalezca la coacción no coactiva del mejor argumento. La argumentación jurídica es superior a la argumentación moral porque intenta cerrar la laguna de racionalidad. Es decir, atiende de mejor manera los problemas de conocimiento y de cumplimiento.

Alexy desarrolla la teoría discursiva a partir de reglas, principios y procedimientos. Produce un jurista que entiende el derecho como argumentación y que, por ello, debe estar atento al derecho injusto para denunciarlo e imponer el verdadero derecho. Es una teoría que favorece las actividades de resistencia frente al derecho injusto.

El modelo garantista de Ferrajoli asume una concepción de los derechos fundamentales fuerte. Todo el ordenamiento está orientado por los derechos fundamentales. Se deslegitima si se aparta de ellos.

El garantismo, entre otras categorías, es una teoría de la validez del derecho. En Ferrajoli, las normas para que sean válidas exigen no sólo el respeto a la competencia del órgano que las emite y al procedimiento para elaborarlas, sino el respeto irrestricto a las normas fundamentales del sistema. Ferrajoli se opone a la neutralidad y avaloratividad del derecho. Promueve una visión crítica y activa del derecho y del jurista.

Además de la crítica interna al derecho, Ferrajoli concibe una filosofía política que cuestione el derecho positivo. Dicha crítica externa no admite fundamentaciones absolutas o totales, sino contingentes, parciales, *a posteriori* y condicionadas.

En materia de interpretación, Ferrajoli propone una interpretación garantista. Ésta consistirá en ensanchar y maximizar el contenido y sentido

de los derechos fundamentales. Sin embargo, Ferrajoli no desarrolla una teoría acabada de la argumentación.

Los modelos de derecho expuestos conciben a la argumentación y a la interpretación desde la trinchera de las visiones previas, tanto ontológicas, epistemológicas o axiológicas. Si queremos entender qué tipo de argumentación hacemos debemos acudir al modelo jurídico que tenemos.

CAPÍTULO TERCERO
LOS PRINCIPIOS Y SU IMPACTO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y JUDICIAL 103

I. Introducción 103
II. Sobre el carácter del derecho 106
III. Tipos de normas 107
IV. Las normas jurídicas 108
V. Las reglas y los principios 111
VI. La crítica a los principios 114
VII. Las funciones de los principios 117
VIII. Los principios y el nuevo paradigma del derecho 119
IX. Conclusiones 123

CAPÍTULO TERCERO

LOS PRINCIPIOS Y SU IMPACTO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y JUDICIAL[199]

I. INTRODUCCIÓN

Los principios son normas jurídicas cuya naturaleza se analiza en este capítulo en contraposición a las reglas jurídicas. Los principios, en buena medida, han impactado en el modelo de derecho y en la forma de entender al derecho. Desde las obras de Esser y Dworkin —los pioneros en el tema de los principios—, el derecho tuvo que salir de sus esquemas formales al extremo que la argumentación es para muchos lo que hoy define al derecho.

Es evidente, como se sostendrá aquí, que las normas jurídicas son de diferente naturaleza. Algunas son reglas, otras principios y otras valores. El tipo de norma con la que trabajamos determina, en buena medida, el tipo de argumentación. Las reglas generalmente se interpretan con silogismos utilizando las subsunción y los métodos tradicionales (gramatical, sistemático, analógico, funcional, etcétera). Los principios y valores, como se verá en el siguiente capítulo, se argumentan con el uso del principio de proporcionalidad.

Los principios son criticados no sólo por su carácter vago e indeterminado, sino porque para algunos —Dworkin— conectan el derecho con la moral, y esto implica la reformulación del positivismo. ¿Puede la moral fundamentar el derecho o tan sólo debemos pensar en ella como un instrumento de enjuiciamiento ético externo al derecho? En el capítulo me decanto por esta última posición, pero no dejo de polemizar y problema-

[199] Este trabajo en lo fundamental se publicó por el autor, inicialmente bajo el mismo título, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 85-105.

tizar con la primera de las posturas enunciadas, pues los principios constitucionales no sólo son de carácter explícito sino también de naturaleza implícita, y ello puede significar la apertura del ordenamiento a otros ámbitos como el de la moral o el de la política.

Como se verá, los principios han transformado a la interpretación, y han servido, con otros factores, para constituir las nuevas teorías de la argumentación. También los principios presentan una sistematicidad distinta, pues obligan al intérprete a tomar en cuenta el bloque de la juridicidad.

Otro tema polémico que es abordado en este capítulo es cómo los principios ponen fin a la idea tradicional de seguridad jurídica y la sustituyen por una seguridad jurídica argumentativa. La certeza no es ya producto de una operación mecánica deductiva sino del resultado de un esfuerzo argumentativo que nos impele a preguntarnos por la legitimidad democrática de los jueces.

Los principios obligan, por tanto, a preguntarnos no sólo por el carácter contemporáneo del derecho —el derecho es mucho más que normas— sino por el papel que desempeña en la cultura jurídica el desarrollo democrático y el tipo de Poder Judicial que se debe tener para afrontar los nuevos retos tanto políticos como estrictamente jurídicos.

Tenemos hoy en día la pretensión de concluir en México la transición a la democracia y construir un Estado de derecho. La ciencia política nos dice que sin un Estado que ejerza el monopolio de la fuerza legítima en todo el territorio, sin una burocracia capaz de proveer servicios mínimos, sin capacidad para cobrar los impuestos, sin un Poder Judicial independiente y capaz de hacer cumplir sus decisiones, no es posible un gobierno democrático.[200] Sin una Constitución, leyes o usos constitucionales vinculantes, no es posible la democracia.

La democracia consolidada exige la protección de ciertos principios y derechos en la Constitución más allá de las simples mayorías políticas temporales. En la Constitución una democracia introduce un límite al poder absoluto del *demos*, a la absolutización del principio democrático a través de garantías muy fuertes en favor de los derechos humanos de cada individuo. Sin esas medidas de protección a los derechos de cada persona no puede hablarse de democracia. Por esa razón, la teoría constitucional contemporánea de Ferrajoli a Häberle, pasando por Zagrebelsky,

[200] Linz, Juan, "Para un mapa conceptual de las democracias", *Revista Politeia*, núm. 26, 2001, p. 26.

denomina al Estado contemporáneo Estado constitucional y no Estado de derecho.

El consenso generalizado gira en torno a la democracia: que el electorado pueda elegir a sus gobernantes, que ninguna persona o institución tenga poder efectivo que no se derive del proceso democrático, que los que ejercen el poder lo obtengan *pro tempore* y respeten las libertades del Estado constitucional. ¿Quién puede poner en duda este consenso?

El problema no reside en las bondades de la democracia, el problema es si el Estado, el régimen político y el derecho cumplen sus finalidades: si tienen legitimidad. Para medir algo tan difícil es necesario investigar y comprobar qué tanto cumplen sus objetivos cada una de las partes o elementos componentes del Estado y de la sociedad.

El Poder Judicial, tanto el nacional como el latinoamericano, ha desempeñado un papel poco relevante en la legitimidad democrática. Durante los regímenes autoritarios de América Latina, los jueces dejaron de conocer y de sancionar violaciones sistemáticas a los derechos humanos en México, Argentina, Chile, Guatemala, Perú, etcétera. Los jueces no han controlado y sancionado los excesos de los otros órganos del Estado. No hay paz ni estabilidad porque las autoridades judiciales no son capaces de procesar los conflictos sociales garantizando plenamente los derechos fundamentales. La percepción social sobre el Poder Judicial señala que la justicia es cara, lenta, corrupta y está identificada con el poder.[201]

Es verdad, y con mucho, que los males del Poder Judicial nacional y latinoamericano exceden al Poder Judicial: en ocasiones los problemas apuntados tienen su origen en otras sedes, o no son de la responsabilidad íntegra del aparato judicial. Algunos de esos problemas tienen relación con el tipo y el carácter de la ciudadanía de nuestras sociedades. Es injusto, por tanto, conferirle al Poder Judicial esos papeles de caricatura, ya sea de sirviente o mendigo del poder.

Afirmar que la debilidad del Poder Judicial no es imputable exclusivamente al más frágil de los poderes del Estado creo que podría ser compartida por muchos. No obstante, buena parte de sus defectos sí le son directamente imputables. Los titulares del Poder Judicial han carecido de capacidad y conciencia para proponer una reforma judicial de gran en-

[201] Pásara, Luis, "Justicia y ciudadanía realmente existentes", ponencia presentada en la División de Estudios Políticos y Estudios Jurídicos del CIDE, México, 28 de septiembre de 2001.

vergadura. Una reforma que no se ocupe —aunque obvio es importante— sólo de la administración y de la carrera judicial o de modificaciones constitucionales y legales en aras de una mayor independencia y profesionalización judicial, sino de una preocupada, en primer lugar, por el acceso real a la justicia y la protección judicial, una reforma que se preocupe por dar efectividad a cada una de las instituciones jurídicas vigentes, y que avizore en nuevas instituciones más y mejores medios de protección a los derechos humanos.

Uno de los aspectos estructurales de la negación del Poder Judicial al cambio reside en la naturaleza de la actual cultura jurídica. A un elemento de este aspecto me voy a referir en estas líneas, pues considero que mientras no superemos la visión del positivismo jurídico que tenemos, no podremos transformar las deficiencias del Poder Judicial. Requerimos revisar nuestras categorías de conocimiento y de análisis, y repensar cada uno de los dogmas, empezando por los más elementales, como son los materiales con los que se elabora y construye el derecho y el posible uso de esos materiales por los miembros del Poder Judicial.[202]

II. Sobre el carácter del derecho

Se ha dicho que el derecho es: *a)* una práctica social; *b)* una institución o un conjunto de instituciones; *c)* un instrumento para alcanzar ciertas metas de carácter político, económico o social; *d)* un instrumento para procurar decisiones conforme a derecho; *e)* un conjunto de reglas del juego, y *f)* criterios para facilitar la aplicación e interpretación, etcétera.[203]

Para Kelsen, el derecho es exclusivamente un conjunto de normas coactivas. Para Marx, es un instrumento de dominación y control social, y para Tomás de Aquino es la ordenación de la razón encaminada al bien común. También el derecho puede verse como conjunto de normas o co-

[202] Existe una interesante polémica sobre lo que determina la interpretación. Algunos, como Eco, sostienen que el peso de la interpretación está en el autor del texto, en el propio texto, y en el intérprete. Otros, como Rorty, apuntan que lo que realmente determina la interpretación o la naturaleza de cualquier material relacionado con el lenguaje, es el uso que el intérprete da a ese material o texto. Para esa interesante polémica véase Eco, Umberto, *Interpretación y sobreinterpretación*, trad. española, Cambridge University Press, 1997.

[203] Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, *cit.*, nota 66, pp. 37 y 38.

mo facultad de hacer algo si hay un respaldo del orden jurídico. La expresión derecho parece significar tanto el derecho objetivo y subjetivo, como la ciencia del derecho. Por otra parte, es necesario siempre distinguir entre normas jurídicas —los enunciados jurídicos— y las proposiciones jurídicas —los enunciados de la ciencia jurídica— que versan sobre las normas jurídicas.

El derecho, por tanto, tiene significados múltiples. La manera de definirlo consiste en ponerlo en relación con otros conceptos —aunque también con otras realidades— que tienen un área de significación próxima, y en parte superpuesta. Los más importantes parecen ser "norma", "moral" y "poder".

Una importante corriente del derecho, la normativista, sostiene que todos los fenómenos jurídicos pueden reducirse a términos normativos. El concepto de norma vendría a ser, en definitiva, el concepto central del derecho. La corriente normativista no es la única; los realistas relacionan el derecho con las conductas de los funcionarios y de los jueces. Los marxistas, como ya hemos mencionado, identifican el derecho con ciertas relaciones sociales de dominación. Los iusnaturalistas tienden a vincular el derecho más que con la norma con una idea de justicia. Los institucionalistas ponen el acento en el derecho como conjunto de instituciones.[204]

No obstante la multiplicidad de posiciones descrita, existe un cierto consenso en el sentido de que el derecho se expresa en normas. Dando por buena, con cierta licencia, la teoría normativista, la cuestión consiste en saber si todas las normas son iguales o hay diferentes tipos de normas.[205]

III. Tipos de normas

Para Von Wright existen varios tipos de normas, entre ellas las prescripciones, las reglas definitorias, las normas técnicas, las normas ideales, las consuetudinarias y las morales.[206]

204 Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 22, pp. 15-31.

205 Aunque es obvio que el derecho no sólo está integrado por normas, también y fundamentalmente es argumentación.

206 Von Wright, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1979, capítulo primero. Véase, también, Mendonca, Daniel, *Introducción al análisis normativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 27-29.

Las normas definitorias o determinativas son aquellas que definen o determinan una actividad o un concepto. Las reglas de un juego, por ejemplo, determinan los movimientos consentidos dentro del juego.

Las normas técnicas o directrices indican un medio para alcanzar un fin determinado. Ejemplo son las instrucciones para operar artefactos.

Las normas prescriptivas son aquellas emanadas de la voluntad de una autoridad (autoridad normativa) destinadas a algún agente (sujeto normativo) con el propósito de que se conduzca de determinada manera. Para dar a conocer las prescripciones a los sujetos a los cuales van ellas dirigidas, la autoridad promulga las normas, y para darles efectividad agrega una sanción o amenaza de castigo. Por ejemplo, los mandatos, permisos y prohibiciones.

Las normas ideales no se hallan referidas directamente a acciones sino que establecen modelos arquetípicos y mencionan las virtudes características dentro de una clase dada. Por ejemplo, aquellas que establecen cómo debe ser un buen padre de familia, un buen profesional, etcétera.

Las normas consuetudinarias marcan regularidades de conductas, disposiciones o tendencias a hacer cosas similares en situaciones parecidas. Son hábitos sociales. Por ejemplo, las que establecen el modo de vestirse, saludar, etcétera.

Las normas morales se distinguen principalmente por carecer de sanción externa y por no estar institucionalizadas. Algunos agregan que son normas constituidas por mandatos que regulan actos internos del individuo, que tienden a ser categóricas, autónomas, difusas, indeterminadas, etcétera.

IV. Las normas jurídicas

Las normas jurídicas son preponderantemente prescriptivas. Éstas se caracterizan, entre otros elementos, y según Von Wright, por su carácter, su contenido y la condición de aplicación.[207] El carácter, es decir, la clasificación de determinadas acciones como obligatorias, prohibidas, permitidas o facultativas. El contenido, la acción o acciones afectadas por dicho carácter, es decir, lo prohibido, lo permitido, etcétera. La condición de aplicación, las circunstancias que deben presentarse para que

[207] Von Wright, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, *cit.*, nota anterior, capítulo primero; Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, *cit.*, nota 66, p. 65.

exista la prohibición, la obligación, o permisión de realizar el contenido de la norma. Los tres anteriores elementos integran el *núcleo normativo* de las normas. Las jurídicas, además, presentan otros elementos: la autoridad que dicta la norma; el sujeto normativo o destinatario; la ocasión, que es el ámbito de validez temporal y espacial de la norma; la promulgación y la sanción.

En la evolución de la teoría del derecho se han sostenido sobre el componente normativo del derecho diversos puntos de vista que afectan no sólo la naturaleza de la norma sino la del mismo derecho.

Para Kelsen, una norma jurídica es aquella que prescribe una sanción, de manera que la estructura de la norma es: si es A (ilícito) entonces debe ser B (sanción). Kelsen diferenció las normas primarias o genuinas, que poseen la estructura anterior, y las derivadas o secundarias, que son simple consecuencia lógica de las anteriores.

Hart supera a Kelsen y ve a la norma jurídica no desde el ángulo del trasgresor de la misma sino desde el nivel de aceptación social de las normas. Además abundó sobre las normas que confieren poderes, y las diferenció de las que establecen obligaciones y prohibiciones. Esto es, Hart distinguió entre normas primarias que imponen deberes, y secundarias que confieren potestades, públicas o privadas (adjudicación, cambio y reconocimiento).

Alchourrón y Bulygin agregaron que un sistema jurídico es un todo complejo, en el que hay normas pero no sólo normas. Insistieron en enunciados como las definiciones que no tienen carácter normativo pero tienen efectos normativos. Como otros pos-kelsenianos, trasladaron el estudio de la norma al sistema normativo. A la vez precisaron que un conjunto normativo es una agregación de enunciados que contiene normas pero no sólo normas. El sistema normativo es un conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias. Y un sistema jurídico es un sistema normativo que contiene normas que prescriben una sanción. La sanción es una característica del conjunto del sistema. El sistema es diacrónico, es decir, hay una sucesión de sistemas en un lapso temporal que constituye el ordenamiento jurídico. Los sistemas normativos, para estos autores, son plenos y coherentes.[208]

[208] Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 3-301.

Dworkin, revisando la posición de Hart, precisa que el derecho no puede verse como un conjunto de reglas sino también de principios. Los principios se dividen en directrices que fijan objetivos de carácter económico, social o político; y los principios en sentido estricto, o sea, exigencias de tipo moral que establecen derechos. Los principios, a diferencia de las reglas, no son todo o nada, tienen una dimensión de peso o ponderación. Además los principios forman parte del sistema jurídico por razón de su contenido y no por razón de su origen.[209]

Las normas también han sido vistas por Raz como razones para la acción. Estas razones resultan ser una combinación de deseos y creencias. La regla supone haber decidido por adelantando qué hacer. Las reglas se justifican como mecanismos para ganar tiempo, para ahorrar trabajo o para reducir el riesgo del error al decidir lo que debe hacerse.

Los enunciados jurídicos se han clasificado por Atienza y Ruiz Manero de una manera compleja, sobre los que no abundaré en demasía, pero que ponen sobre la mesa la variedad de tipos normativos. En primer lugar, su distinción entre enunciados de carácter práctico y las definiciones. En segundo lugar, una separación muy importante entre las normas regulativas, que pueden ser reglas o principios, y normas de acción y de fin. En tercer lugar, la diferenciación entre normas regulativas y constitutivas, las primeras establecen obligaciones, prohibiciones y permisos; las segundas, dadas determinadas circunstancias, constituyen ciertos estados de cosas que provocan cambios normativos. En cuarto lugar, la precisión de "normas" que expresan el uso de poderes normativos, por ejemplo los actos normativos que no son normas pero que mediante ellos se crean, se modifican, se aplican o se derogan normas. Y finalmente los enunciados normativos de carácter valorativo, que son, respecto a los principios, normas de segundo grado.[210]

De lo expuesto se deduce que las normas jurídicas no son de la misma naturaleza: no todas son prescriptivas, no todas son deónticas, ni todas son reglas, no todas expresan normas, no todas tienen que ver con la acción, y algunas tienen un contenido evidentemente valorativo. Esto sin descontar la discusión sobre si la norma que funda todo el sistema jurídi-

209 El desarrollo clásico de estas ideas está en Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *cit.*, nota 31, pp. 61-145.

210 Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, *cit.*, nota 53.

co es o no una auténtica norma, si es jurídica o metajurídica, y si debe ser obedecida, o preguntarnos cuáles son las razones para obedecerla.

V. Las reglas y los principios

La distinción entre reglas y principios puede ser entendida de dos formas distintas:[211] en un sentido fuerte y en uno débil.

En un sentido fuerte se dice que los principios no son normas, pues son distintos a las reglas. La tesis se explicó para negar que los principios fuesen eficaces, es decir, inmediatamente productores de efectos jurídicos. Se negó que los principios fuesen idóneos para derogar (en virtud del principio cronológico) o para invalidar (en virtud del principio jerárquico) la legislación, hasta que el legislador ordinario procediese a la actualización o concretización de los principios en reglas. Los principios son valores prejurídicos, y, por tanto, metajurídicos subyacentes al ordenamiento positivo.[212]

En un sentido débil, los principios son normas, pero una especie particular de normas. En este sentido, la cuestión consiste en distinguir los rasgos característicos de los principios. Algunos sostienen que los principios se caracterizan por su formulación, su estructura lógica o su contenido; otros sostienen que los principios se destacan por la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico o por la función que cumplen en él.

La distinción entre reglas y principios se ha intentado aclarar a partir de cinco variables distintas:

a) Las disposiciones que expresan principios son formuladas en un lenguaje extremadamente fluido, vago, indeterminado.
b) Una segunda tesis pretende caracterizar a los principios por su contenido normativo. Son más generales, y más que dirigirse a los comportamientos se dirigen a las actitudes.
c) La tercera vía señala que los principios no tienen la estructura lógica de las reglas. Son normas categóricas (no están ligadas a una condición) que están privadas de un ámbito específico de aplicación.

211 Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 143-171.

212 Esta discusión se dio principalmente en Europa en el periodo de entreguerras, y se expone de manera muy clara en Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 44, pp. 111-114.

d) Se distingue a los principios en virtud de su carácter de normas fundamentales (fundamento de otras normas) y porque dan identidad material al ordenamiento en su conjunto.
e) En una quinta aproximación se indica que los principios no admiten la interpretación literal; tienen un carácter orientador respecto a las reglas; no es posible la aplicación por subsunción en los principios, y los conflictos entre principios se resuelven con la técnica de la ponderación.

Algunos precisan más la distinción entre principios y reglas. Así, se dice que los principios son habitualmente mencionados (separación de poderes o certeza, por ejemplo) pero no formulados, porque en realidad no expresan sólo normas sino doctrinas jurídicas completas. Otra diferencia importante destaca que los principios, cuando son formulados, se expresan en un lenguaje no propiamente prescriptivo sino más bien optativo o valorativo proclamando valores o auspicios. También se señala que ni la forma deóntica ni la forma imperativa se adaptan a la formulación de principios, sino que se trata, a fin de cuentas, del reconocimiento de valores jurídicos, políticos o morales que se asumen como preexistentes.

El contenido normativo de los principios se caracteriza por los siguientes elementos:

a) Son normas teleológicas (no prescriben un comportamiento preciso sino que encomiendan la obtención de un fin que puede ser logrado usando más de un medio).
b) Muchas son metanormas o normas de segundo grado que se dirigen a los jueces y funcionarios para la aplicación de reglas.
c) Los principios poseen —cuando son formulados— una formulación categórica.

La estructura lógica de los principios se distingue de la de las reglas porque no hay hecho condicionante. Los principios no imponen obligaciones absolutas sino obligaciones *prima facie* que pueden ser "superadas" o "derogadas" por obra de otros principios.

En cuanto a la posición de los principios en el ordenamiento hay que insistir en que: los principios son normas que sirven de fundamento o justificación de reglas (fundamento de una multiplicidad de reglas); los

principios parecen no requerir a su vez de fundamento o justificación, ya que son percibidos como obvios, autoevidentes o como intrínsecamente justos.

Los principios suelen clasificarse en los siguientes tipos:

Principios fundamentales del ordenamiento. Se denomina así a los valores ético políticos que informan el ordenamiento y que le dan fundamento o justificación. Ejemplos: el principio de constitucionalidad, el principio de igualdad, de soberanía popular, de irretroactividad de las leyes, el principio de conservación de los actos, el de certeza, etcétera.

Principios de un sector de la disciplina jurídica. Informan una institución particular o un sector de una disciplina jurídica (autonomía privada, debido proceso, dispositivo, principio del "*favor rei*", y principio "*in dubio pro operario*", etcétera).

Principios fundamentales de una materia determinada. Son aquellos relacionados con un aspecto singular del ordenamiento (el suelo, el medio ambiente, la estructura federal del Estado, etcétera).

Principios sin ulteriores especificaciones. Son aquellos que constituyen la razón de ser, el objetivo subyacente de una ley o de una regla.

Un problema importante con los principios es el que resulta de la distinción entre principios expresos e implícitos. Los expresos son los que se encuentran formulados en una disposición constitucional o legislativa. Los implícitos están privados de disposiciones, es decir, no están formulados en ninguna disposición; son elaborados o construidos por los intérpretes. Estos últimos principios son derivados por los operadores jurídicos a partir de reglas concretas o a partir de conjuntos normativos del ordenamiento o del propio ordenamiento en su conjunto. En la mayoría de los casos, construir un principio consiste en avanzar una conjetura acerca de las razones (finalidades, intenciones o valores) del legislador. Todo principio está provisto de una fuente, es siempre posible encontrar los textos normativos —si es implícito— con oportunas y adecuadas técnicas argumentativas.[213]

Otro asunto interesante respecto a los principios se desprende de la pregunta sobre los principios "supremos" del ordenamiento. Es decir, principios que no pueden ser modificados o derogados ni siquiera por la

213 Esta clasificación puede encontrarse en Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 129-149.

revisión constitucional. Cuando estos principios son implícitos, la jurisprudencia constitucional de cada país suele construirlos a partir de fines y valores intangibles del ordenamiento constitucional.

Los conflictos entre principios, según la teoría y la praxis, no se resuelven mediante los criterios clásicos de solución de antinomias, sino mediante la ponderación de los principios en el caso concreto. La ponderación presenta algunas características sobresalientes:

En las antinomias, la ponderación de los principios presupone que los dos principios involucrados sean interpretados en el sentido de que las clases de supuestos de hecho regulados por ellos se superpongan sólo parcialmente (antinomia parcial-parcial).

La segunda característica sobresaliente de la ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios de que se trate.

La tercera característica nos indica que para establecer la jerarquía axiológica, el juez no valora los dos principios en abstracto, sino que valora el impacto de su aplicación al caso concreto. La jerarquía establecida entre los principios en conflicto es una jerarquía móvil, mutable, dependiendo de los casos concretos.

VI. La crítica a los principios

La estructura normativa de los principios ha despertado críticas. Para Kelsen los principios resultan indeseables, pues abren las puertas al decisionismo judicial. En el mundo europeo continental se destacó en el pasado, como ya se dijo, la vaguedad de los principios y el uso político que de los mismos podrían hacer los tribunales.

En un reciente trabajo, Pérez Luño dirige a Dworkin sus dardos críticos por su concepción de los principios. Se señala que Dworkin mezcla y confunde principios, valores y derechos fundamentales. Que el concepto de principios puede significar cosas tan diferentes como: pautas metodológicas para conducir a la argumentación judicial hacia la solución correcta, fuentes jurídicas para colmar lagunas, y postulados morales que inspiran el orden jurídico y permiten expulsar de su ámbito a las normas incompatibles con ellos. Pérez Luño critica la ausencia clara de una tipología de principios en la obra de Dworkin, y siguiendo la pauta de autores como Esser, Bobbio, Carrió, Guastini o Prieto Sanchís, distingue tres

tipos de principios: principios que actúan como metanormas o *ratio legis* de las reglas y también como finalidad de las mismas; principios en su carácter ontológico, es decir, que actúan como fuente del derecho; y principios en su vertiente axiológica como postulados éticos que deben inspirar el orden jurídico. No obstante, la principal crítica a los principios descansa en su carácter "parasitario" y dependiente de otras normas, como son las reglas jurídicas.[214]

La crítica más fuerte a los principios no está tanto en su vaguedad o en la multiplicidad de tipologías que sobre los principios existen. La crítica más fuerte tiene que ver con un aspecto central de la teoría del derecho, esto es, con el problema de la conexión entre derecho y moral y su impacto en la producción, interpretación y aplicación del derecho.

La obra de Dworkin que se centra en la existencia de una única solución correcta en los casos difíciles está comprometida con una crítica a la discrecionalidad judicial, a la retroactividad en la aplicación del derecho, y con una visión respetuosa de la separación de poderes. El juez Hércules, ante el caso difícil, consulta el *ethos* del ordenamiento, y encuentra el principio que ha de ser el que mejor explique y justifique la decisión judicial. En cada sentencia, el juez Hércules desarrolla una teoría adecuada y coherente para encontrar la solución correcta.[215]

La búsqueda del principio jurídico en el *ethos* del ordenamiento jurídico implica asumir los presupuestos morales del sistema jurídico. El jurista debe ser capaz de transitar de la moral al derecho y sentirse obligado por ellos. Las reglas jurídicas constituyen la punta de un iceberg, la expresión institucionalizada pero parcial de un sistema normativo más complejo, vasto y profundo.[216]

La adopción de ese punto de vista interno conecta el derecho con la moral. Sin embargo, la adopción del punto de vista interno por el juez y el funcionario no implica que esa conexión se traslade al ciudadano. En otras palabras, el ciudadano no está obligado a obedecer, en un sentido fuerte, al derecho. Autores como Prieto Sanchís prefieren una visión intermedia, débil o moderadamente interna del derecho a fin de que sea po-

214 Pérez Luño, Antonio Enrique, "Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico?", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 98, octubre-diciembre de 1997, pp. 9-24.

215 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *cit.*, nota 31, pp. 146-208.

216 Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, *cit.*, nota 73, p. 52.

sible la crítica al derecho.[217] El esquema más adecuado es, por ejemplo, el de Ferrajoli, que acentúa por un lado la posibilidad para el funcionario y juez de la crítica interna a su ordenamiento, y por otro, abre de la manera más amplia la crítica al derecho desde un punto de vista externo.[218]

¿Cómo entender la conexión entre derecho y moral? La forma de concebirla consiste en admitir que dentro del derecho y envolviendo al derecho hay siempre una concepción de la justicia o de la moralidad y que resulta absurdo pensar en un orden jurídico opuesto a esa concepción. La conexión, por tanto, debe entenderse como una pretensión de corrección de la moral al derecho, nunca como una liga fuerte que conecta al derecho con una moral ideal.

La tesis de la separación entre derecho y moral es preferible a la de una tesis de conexión fuerte. En tanto quien adopta un punto de vista interno estricto presume el valor moral intrínseco del derecho vigente y tiene menos posibilidades de juzgar autónomamente las normas o decisiones del poder. La idea de conexión fuerte llega a la misma conclusión del positivismo ético: suponer que todo derecho vigente es justo y por tanto debe ser obedecido en todos los casos, no sólo jurídicamente, sino también moralmente. En otras palabras, la separación entre derecho y moral permite el enjuiciamiento al derecho vigente pero inválido, y también el enjuiciamiento ético externo al derecho. Sólo cuando la moral se concibe separada del derecho se pueden emitir juicios sobre el sistema jurídico.

En este sentido se explica por qué Prieto Sanchís se opone a los llamados principios extrasistémicos. Éstos son aquellos que no encuentran respaldo o cobertura en concretas disposiciones normativas. Son principios producto de la pura creación interpretativa que tienen su origen en doctrinas morales o políticas que se supone subyacen al orden jurídico: la doctrina de la naturaleza de la cosa, la Constitución material, etcétera. A Dworkin se le ha acusado porque sus principios pertenecen a esta categoría, aunque debe reconocerse que la teoría jurídica dworkiana contiene como parte de ella elementos completos de filosofía moral y política. Un ejemplo acabado de la aceptación de principios extrasistémicos es el de

217 *Ibidem*, p. 63.

218 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *cit.*, nota 48, pp. 920-931.

Mortati sobre la Constitución material, que supone la directa asunción por el derecho del fin político general del Estado como tal, en donde los principios políticos son la fuente primera del derecho estatal.[219]

Los principios extrasistémicos suelen presentar un origen doctrinal fruto de elaboraciones morales o políticas muy sofisticadas. Son principios extrasistémicos la doctrina sobre la reserva absoluta de ley, la norma general excluyente, el principio que alude a una norma de clausura del sistema de libertades.

Los principios extrasistémicos no forman parte del derecho, pues no constituyen el significado de una disposición normativa ni pueden inferirse de ella. La norma fundamental o la regla de reconocimiento, entendida en su sentido tradicional, se muestra incapaz de dar cuenta de los principios extrasistémicos, no así teorías o posiciones realistas que pueden admitir su existencia factual. Los principios extrasistémicos pueden ser eficaces pero no válidos, por lo menos hasta el momento en que el precedente los integre como principios válidos.[220]

VII. Las funciones de los principios

Los principios tienen distintos usos en la producción, en la interpretación y en la integración del derecho.[221]

En la producción porque circunscriben materialmente al legislador, sobre todo cuando se trata de normas de desarrollo o subordinadas. El legislador no puede producir normas incompatibles con los principios constitucionales, so pena de invalidez de su producto. Los principios funcionan como parámetro para medir la constitucionalidad de la fuente subordinada.

En la interpretación, los principios expresos de rango constitucional son empleados para justificar las llamadas interpretaciones conformes, o sea, aquellas que adaptan el significado de una disposición al de un principio previamente identificado. Las interpretaciones conformes no dero-

219 Mortati, Costantino, *La Constitución en sentido material*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

220 Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, *cit.*, nota 213, pp. 146-149.

221 Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, *cit.*, nota 211, pp.162-167.

gan una de las reglas antinómicas, su propósito es establecer el sentido o significado compatible entre ellas y con el ordenamiento constitucional.

La interpretación conforme, que se utiliza en beneficio del principio de la conservación de los textos normativos, es ampliamente utilizada en la jurisprudencia constitucional europea. Esta interpretación produce el efecto de conservar la validez de las formulaciones normativas a cambio de que la interpretación que de ellas se dé esté de acuerdo a los principios constitucionales.

Los principios se usan, sobre todo en la tesitura tradicional, en la integración del derecho para colmar lagunas. El juez y el funcionario están obligados a recurrir a los principios después de haber intentado el argumento analógico. En esta hipótesis el principio constituye una de las premisas del razonamiento para concluir en una norma específica elaborada y formulada por el intérprete. Esta forma de argumentar es la que conforma el llamado razonamiento práctico, no silogístico, en donde los principios son utilizados para determinar o encontrar la premisa base del razonamiento. En otras palabras, es necesario justificar la elección de la premisa normativa y que esa premisa reúna a la vez las condiciones de validez suficientes para considerarla parte del sistema jurídico.

Los principios cumplen otras funciones, tanto en el argumento universalizador como en el llamado argumento consecuencialista.[222] En el argumento universalizador porque a falta de disposición expresa, el intérprete se obliga a explicar o motivar en todos sus extremos la premisa base de su razonamiento para que pueda ser utilizada en otros casos similares. En el argumento consecuencialista, desarrollado por MacCormick, el intérprete decide sobre el caso difícil apoyándose en un principio que tome en cuenta las consecuencias del fallo, no referidas exclusivamente a finalidades de utilidad sino vinculadas con valores como el bien común o la justicia. El argumento consecuencialista adquiere su más importante relieve en aquellos casos en donde es plausible proponer acogerse a aquella decisión que mejores resultados proporcione en orden a su satisfacción, siempre y cuando los distintos fines valiosos se encuentren en el sistema. Así, por ejemplo, la teoría del uso alternativo del derecho es viable para extraer la máxima virtualidad democrática y emancipatoria de

222 MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *cit.*, nota 35.

las cláusulas constitucionales. O como sostiene Alexy, los principios son criterios de optimización del sistema jurídico.[223]

En donde los principios desempeñan una labor fundamental es en el campo de la interpretación sistemática. Los principios dan consistencia y coherencia a todo el sistema jurídico, constituyen los puntos centrales de referencia para el sistema interno del derecho. La idea de coherencia y la idea del legislador racional son ideas regulativas de todo entramado jurídico, y es ahí donde los principios ordenan, conforman y estructuran al sistema en su conjunto.

VIII. Los principios y el nuevo paradigma del derecho

Los principios son clave para entender, por una parte, el paso del Estado de derecho al Estado constitucional; la transformación de la argumentación jurídica con la incorporación del silogismo práctico; la renovación sobre otras bases del carácter sistemático del derecho; la asunción de una textura siempre abierta en el derecho; la aparición del modelo argumentativo en el derecho en adición al normativo, realista o puramente axiológico; y una aproximación al entendimiento de los nexos entre derecho y moral, sin los complejos de las visiones paleopositivistas.

El Estado ya no es o no debe ser exclusivamente un Estado de derecho. Hoy es, ante todo, un Estado constitucional. La Constitución no sólo es la norma superior sino que contiene un material jurídico sustantivo que obliga a todos. La Constitución determina no sólo "quién" y "cómo" se manda, sino también "qué" puede y no puede mandarse. La Constitución limita la ley y, por tanto, a las mayorías legislativas y sociales. La Constitución establece el coto vedado por donde nadie, ni aun las mayorías electas democráticamente, puede aventurarse.

El Estado constitucional alude a la prevalencia de la Constitución y sus normas por encima de cualquier otra norma secundaria. Esa prevalencia no es vana, es una prevalencia con consecuencias muy serias. Obliga a todas las autoridades a ajustarse a ella, incluyendo, por supuesto, a los intérpretes. Éstos no pueden aplicar normas sin acudir en primer lugar a la norma constitucional y sus significados. Se trata de un concepto de Constitución normativa exigente, pues acerca la Constitución a

223 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 136, pp. 81-172.

cualquiera. Coloca a la Constitución al alcance de todos, y evita que sólo determinados augures la interpreten y accedan a ella.

La argumentación jurídica se transforma porque las normas constitucionales son prevalentemente principios. La argumentación por principios abandona la subsunción y la aplicación mecánica. Exige la sustitución de la interpretación literal, exige el abandono del silogismo judicial formal, y se aproxima a los antiquísimos métodos de la interpretación retórica, basada en la ponderación y la razonabilidad. El derecho es algo más que la ley, y su intérprete más que conocer las reglas debe aprehender el *ethos* del ordenamiento y del sistema jurídico en su relación con el contexto social, político y económico. En palabras de Prieto Sanchís, en el derecho se ha desplazado la ley en favor de la interpretación:

> Primero, el derecho legal envejece y es incapaz de ofrecer respuestas a los nuevos conflictos, lo que provoca tanto la aparición de lagunas como el mantenimiento de soluciones obsoletas e insatisfactorias. Segundo, el derecho no tiene, como pretende, un carácter sistemático o coherente, lo que de nuevo deja en manos del juez la respuesta ante el caso concreto. Tercero, el derecho no puede quedar encorsetado en la ley del Estado, pues existen fuentes sociales que compiten con ella y que han de ser también ponderadas por el intérprete. Cuarto, la letra de la ley se muestra necesariamente insuficiente, en el sentido de que tras los enunciados late un fin o interés social que remite a una constelación de valores que asimismo han de pesar en la decisión judicial. Por último, la comprensión de los enunciados jurídicos no es, en ningún caso, una tarea simplemente receptiva, pasiva o mecánica, sino que requiere una especial actitud hermenéutica donde la sociedad y la cultura recrean o renuevan el texto mudo de la ley.[224]

Los principios también modifican el anterior contenido sistemático del derecho. Se trata de una sistematicidad no reducible al código, sino una sistematicidad que toma en cuenta todo el bloque de la juridicidad, incluyendo los elementos morales, sociales o ideológicos que son parte de todo derecho. Las fronteras del derecho se amplían, no se limitan a la ley o la jurisprudencia, ni siquiera a la costumbre. Dentro de las fronteras

[224] Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", núm. 7, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998, p. 20.

están las fuentes sociológicas del derecho, y toda la variedad de principios y valores contrapuestos en la Constitución. Se pasa del monismo y estatismo en el derecho al pluralismo de fuentes y de orígenes normativos. La sistematicidad no tiene contornos predecibles y claros. Es una sistematicidad difusa que el intérprete debe hurgar en el caso concreto. Ciertamente, esa flexibilidad incrementa la exigencia de certeza jurídica, la flexibilidad no es para que el aplicador del derecho haga lo que le venga en gana. Es para que el juez se adentre a un contexto más comprometido con la naturaleza formal y material del Estado constitucional. La obligación de razonar las decisiones en términos de derecho válido, vinculando el juicio particular al sentido de justicia de un ordenamiento jurídico, implica recobrar el papel del juez y de la autoridad en su lealtad a la Constitución y al ordenamiento, destierra su papel subordinado y mecánico al derecho, y hace de los funcionarios judiciales y administrativos los principales promotores del Estado constitucional. Se trata no de poner fin a la seguridad jurídica, sino de asegurarla de una manera más realista y profunda. Se busca, hasta donde sea posible, una certeza que sea producto no de una mera operación mecánica deductiva, sino el resultado de un proceso más complejo que asume reglas de racionalidad práctica, por ejemplo universalidad o abstracción, o presuponiendo un "auditorio universal" de personas inteligentes, responsables y desinteresadas, permita justificar las decisiones no sólo en relación al ordenamiento, sino en relación a los hechos o consecuencias finalistas de las decisiones.[225]

La presencia de los principios hace que el derecho tenga una clara textura abierta. Los principios no son cerrados, sino indeterminados, necesitados de significados que no están definidos *a priori*, que sólo se pueden precisar a la luz de las exigencias del caso particular. La concreción de significados llega en los principios al momento de su aplicación vía la razonabilidad y la ponderación. La Constitución demanda ponderar, porque sólo así es posible conservar valores heterogéneos propios de una sociedad plural. El contenido constitucional es plural y está formado por criterios de valor tendencialmente contradictorios. Por otra parte, los principios y valores constitucionales están abiertos a los contextos económicos, sociales o políticos. Las normas llamadas principios están ne-

225 Velasco Arroyo, Juan Carlos, "El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas", *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid, núm. 21, 1999, pp. 49-68.

cesariamente conectadas con su contexto de una forma que no lo están las reglas, en gran parte debido a la diferente estructura morfológica entre reglas y principios. Es aquí donde reside el temor de muchos a que los principios se conviertan en una puerta abierta al activismo judicial. Desde luego, habría que decir que la ponderación no significa arbitrariedad o carácter no justificado de las decisiones judiciales, sino razonabilidad bajo criterios distintos a los del modelo tradicional. La justificación racional representa la condición de validez y de legitimidad de las decisiones judiciales.

El peso que la teoría del derecho concede hoy en día al juez y a la interpretación guiada por principios produce un modelo de derecho. Un modelo argumentativo que supera los tradicionales modelos formalistas, realistas y iusnaturalistas. El modelo argumentativo del derecho toma en cuenta los aspectos dinámicos del derecho. El modelo tradicional-formal de normas centra el análisis en elementos dados por la ley, que no son capaces de dar noticia de la complejidad e integridad del derecho. Éste no es sólo norma u ordenamiento, es también argumentación. Es decir, los principios han venido a modificar los cimientos de la tradicional teoría del derecho que ve a la disciplina como un conjunto de normas o como un ordenamiento, descuidando la vida misma del derecho, su puesta en operación en los tribunales o en las instancias administrativas, al grado que en las facultades de derecho estos aspectos dinámicos, la vida del derecho, a través del conocimiento y análisis de las decisiones, no es objeto de estudio formal.

El modelo argumentativo brinda herramientas útiles no sólo para perfeccionar la sagacidad del litigante o del juez, sino para cumplir los fines del derecho. Además, epistemológicamente, por abordar el objeto de conocimiento de una forma más completa, resulta indudablemente superior.

La conexión débil y no fuerte entre moral y derecho es auspiciada por los principios. Éstos sirven para justificar reglas, para determinar fines y objetivos en el ordenamiento y permiten esclarecer el significado subyacente de las reglas. Estamos de acuerdo con que los principios contienen una concepción de justicia o de moralidad, siempre revisable, pero en ellos existe ese trasfondo que no obliga moralmente a los ciudadanos pero sí obliga en alguna medida al funcionario y al juez. La conexión entre moral y derecho no es total ni absoluta, la conexión, como ya se dijo an-

teriormente, es simplemente una pretensión de corrección de la moral al derecho para permitir la crítica jurídica, moral y política al derecho vigente, para auxiliar en las futuras reformas al ordenamiento, y para evaluar el ordenamiento en términos de legitimidad.

IX. Conclusiones

Los jueces mexicanos deben interpretar y aplicar todo el derecho y no sólo la ley. Los jueces mexicanos deben orientar sus decisiones por principios y abandonar los criterios decimonónicos de la subsunción y aplicación mecánica de la ley.

Es totalmente cierto que la reforma judicial en México no entraña exclusivamente un cambio en el modelo argumentativo judicial, pero el modelo argumentativo basado en principios, a mediano y largo plazo, sí modifica la concepción del derecho.

La percepción sobre la justicia en nuestros países es negativa debido a múltiples causas: la dificultad de acceso, su costo, su lentitud, la corrupción que en ella impera, y su vinculación no deseable con el poder. La panoplia de soluciones también es múltiple. Aquí se trató un aspecto relacionado con la concepción del derecho y la cultura jurídica de nuestros países. Un análisis integral debería revisar nuestra visión real del positivismo jurídico para superar la reducción que ve todo el derecho en el texto de la ley, en su literalidad, y que omite la temática de su vigencia. Como dice Habermas, al igual que los principios democráticos generales, al enraizarse en una sociedad dada, adquieren sentidos específicos; los principios constitucionales no se convierten en prácticas sociales ni son fuerzas conductoras de libertad e igualdad, sino en la medida en que se localizan en el contexto de una historia nacional.[226]

No debemos aspirar a jueces ideales, jueces Hércules, pero sí preguntarnos si los actuales cumplen las exigencias que la sociedad demanda. Jueces que no sólo conozcan el derecho sino que asuman la conciencia moral del momento histórico. Tendremos jueces con ese compromiso si invertimos al mismo tiempo en la construcción de la ciudadanía, es decir, haciendo esfuerzos por tener ciudadanos en pleno ejercicio de sus dere-

[226] Habermas, Jürgen, "Citizenship and National Identity", en Bart van Steenbergen (ed.), *The Condition of Citizenship*, Londres, Sage Publications, 1994, pp. 20-35.

chos, demandantes de instituciones políticas y jurídicas promotoras de la democracia y de la protección a los derechos humanos. En pocas palabras, pasar a la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales y jurídicos.[227]

Los procesos de transformación son complejos y muchas veces lentos. Nuestra percepción nos dice que la justicia que tenemos no corresponde a las circunstancias democráticas que queremos. A nuestros jueces les hace falta conocimiento, pero no sólo eso, les hace falta valor e independencia, tanto de los tribunales superiores y de los consejos de la judicatura, como independencia respecto a la servidumbre de las pautas hasta hoy establecidas. Es preciso emigrar del lenguaje del discurso del poder sobre la transición y la consolidación democrática, al lenguaje propio del derecho y los derechos,[228] que sólo se manifiesta en los tribunales y en la vida cotidiana cuando se ponen en movimiento las nuevas categorías científicas en la defensa y lucha concreta de las posiciones de las partes en las causas judiciales.

227 Häberle, Peter, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, pp. 17-46.

228 García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.

CAPÍTULO CUARTO
LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS ANTINÓMICOS 125

I. La solución de antinomias en las reglas jurídicas 125
II. La solución de antinomias entre principios jurídicos 129
III. Los distintos criterios y métodos de solución de antinomias entre principios jurídicos 132
IV. Criterios provenientes de las teorías estructurales de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales . 136
V. El principio de proporcionalidad 142
VI. Análisis sobre el principio de proporcionalidad. Su justificación 147
VII. Recapitulación 152

Capítulo cuarto

LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS ANTINÓMICOS

I. La solución de antinomias en las reglas jurídicas

Uno de los problemas argumentativos con los principios consiste en desentrañar el problema de la colisión entre ellos. ¿Cómo se deben argumentar las antinomias entre principios?, ¿es posible aplicar los criterios de solución de antinomias tradicionales a los principios? La respuesta que se desarrollará a estos cuestionamientos expone que la colisión de principios recurre a vías argumentativas diferentes a las tradicionales: la razonabilidad, la teoría del contenido esencial o la aplicación del principio de proporcionalidad.

El capítulo cuarto es una derivación del anterior, en donde se expuso la problemática en torno a los principios. Aquí se expondrán las teorías que se han elaborado desde el trabajo jurisdiccional de los tribunales constitucionales para la solución de conflictos entre principios. Este tema técnico pone en claro que el derecho es sobre todo argumentación y que es imposible resolver problemas de principios, son las herramientas tradicionales de la interpretación.

También me parece evidente que, a pesar de la importancia creciente de los principios en la interpretación constitucional, otros factores también juegan, como el carácter hermenéutico del derecho, la importancia del caso y del contexto, así como las diferentes concepciones de los derechos humanos y el carácter discursivo y procedimentalista de la argumentación.

En la teoría del derecho se ha señalado que las antinomias de reglas se resuelven acudiendo a los famosos criterios de jerarquía, especialidad y cronológico. Bobbio, en particular, recoge las enseñanzas del derecho romano y explica cómo desde el *Digesto* se argumentaba en contra de la

posibilidad jurídica de incompatibilidades de normas dentro del sistema. ¿Qué es una antinomia? Es una colisión entre normas, cuando éstas se relacionan bajo el siguiente esquema:

1) Norma obligatoria *vs.* norma prohibitiva.
2) Norma obligatoria *vs.* permiso negativo.
3) Norma prohibitiva *vs.* permiso positivo.
4) Norma obligatoria *vs.* permiso positivo.
5) Norma prohibitiva *vs.* permiso negativo.
6) Norma que establece un permiso positivo *vs.* norma que establece un permiso negativo.[229]

La colisión de normas (reglas) es producto de normas contrarias, contradictorias, subcontrarias o subalternas. La antinomia, para que se dé, exige también dos condiciones:[230] *a)* las dos normas deben pertenecer al mismo ordenamiento, y *b)* las dos normas deben tener el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal y material).

Por tanto, la antinomia jurídica es una situación en la que dos normas son incompatibles a condición de que ambas pertenezcan al mismo ordenamiento y estén dentro de similar ámbito de validez.

La incompatibilidad puede clasificarse atendiendo a su grado o nivel de contradicción, así, existen antinomias:

— Total-total.
— Parcial-parcial.
— Total-parcial.[231]

La antinomia total-total ocurre cuando la incompatibilidad es absoluta y radical. Por ejemplo: una norma que prohibiera la huelga y otra que la permitiera.

229 Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 22, pp. 189-219.

230 Gavazzi, G., *Delle antinomie*, Turín, Giappichelli, 1959, p. 53. Gavazzi señala que los presupuestos de las antinomias son: que sean normas jurídicas, que se encuentren vigentes, que pertenezcan al mismo sistema y que formen parte del mismo ordenamiento jurídico.

231 *Ibidem*, pp. 69-73.

La antinomia es parcial-parcial cuando cada una de las normas tiene un campo de aplicación que está en conflicto con el de la otra, y un campo de aplicación en el que el conflicto no existe.

La antinomia total-parcial se da cuando su ámbito de validez es en parte igual y en parte diverso con relación a la otra. Hay antinomia total de la primera norma respecto a la segunda, y sólo parcial de la segunda respecto a la primera. La primera norma no puede ser aplicada en ningún caso sin entrar en conflicto con la segunda; la segunda tiene un ámbito de aplicación que no entra en contradicción con la primera.

Las antinomias se resuelven con tres criterios clásicos: cronológico, jerárquico y de especialidad. El criterio cronológico nos dirá que la ley posterior deroga a la anterior (*Lex posterior derogat priori*). El criterio jerárquico establece que frente a dos normas incompatibles prevalece la norma jerárquicamente superior (*Lex superior derogat inferiori*). Finalmente, el tercer criterio determina que la ley especial deroga a la general (*Lex specialis derogat generali*).

¿Qué ocurre cuando los criterios anteriores son insuficientes?, ¿cuando ambas normas son contemporáneas, están en el mismo nivel y son las dos generales? El cuarto criterio nos dirá que apliquemos la norma más favorable y no la odiosa. En otras palabras, la norma que concede una libertad y no aquella que impone una obligación (*Lex permissiva es favorabilis*, y una *Lex imperativa es odiosa*).

Se han sumado a los criterios anteriores el de competencia y el de prevalencia. El de competencia implica resolver la antinomia atendiendo al análisis sobre el órgano que emita la norma o el acto. Las características básicas del criterio de competencia son tres: se ha de dar un conflicto entre normas provenientes de fuentes diferentes; entre las dos fuentes en cuestión no ha de haber una relación de jerarquía, y cada una de las normas en conflicto por razón de la materia debe tener una esfera de competencias exclusivas y regular materias concretas. Sin estas tres condiciones no tendría virtualidad este criterio, sino que bastaría con la aplicación del criterio jerárquico tradicional. Algunos sostienen que el criterio de competencia no es un método de resolución de antinomias sino una relación de jerarquía indirecta mediatizada por una norma interpuesta que es la Constitución.[232] En nuestro derecho, por ejemplo, un caso de esta antino-

[232] Ruiz Sanz, Mario, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2002, pp. 86-89.

mia se daría en el conflicto de competencias coincidentes en el ámbito del derecho federal, en donde la solución a un posible conflicto antinómico podría remitirse a los tres anteriores criterios tradicionales.

El criterio de prevalencia en algunos ordenamientos existe para resolver antinomias entre distintos ámbitos de competencia. En el caso del derecho alemán, en materia de atribuciones concurrentes siempre prevalece el derecho federal sobre el local.[233] La característica principal del criterio de prevalencia es que ambas normas en conflicto son validas, y por tanto competentes, ya que sólo opera cuando se dan competencias compartidas, excluyéndose de su ámbito de aplicación los supuestos de competencias exclusivas. Por este motivo, el principio de prevalencia no tiene reconocido un carácter general, sino limitado o condicionado por el de competencia, ya que sólo puede aplicarse una vez que se ha constatado que no existe vicio de competencia de una de las dos normas. En tal caso, si se produce un conflicto entre una norma federal y una norma local, en donde existen atribuciones concurrentes, prevalecerá la norma federal.[234]

En ocasiones, el conflicto entre reglas no puede ser resuelto acudiendo a los criterios mencionados. En la teoría tradicional del derecho se nos dirá que la solución se confía a la libertad del intérprete, el que valiéndose de todas las técnicas de la interpretación resuelve, y que para ello tiene tres posibilidades:

1) Eliminar una de las dos normas.
2) Eliminar las dos.
3) Conservar las dos.

La tercera vía es la que los intérpretes constitucionales siguen con más frecuencia porque no tiene un poder abrogativo frente al legislador. Se trata de un tipo de argumentación sistemática que relaciona el sentido de

233 Gascón, Mariana, "La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias", en Betegón, J. *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

234 En México se discute mucho por la doctrina si existen o no atribuciones concurrentes. Muchos autores, como De la Cueva o Carpizo, lo niegan. De seguir este punto de vista, no podría existir en nuestro derecho la aplicación del criterio de prevalencia. Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 203-206.

una norma con el resto de normas de un ordenamiento jurídico, y que además tiene una doble dimensión: tanto negativa, que sirve para rechazar posibles significados de una norma incompatible con otras normas del sistema; como positiva, que responde a la necesidad de atribuir el significado conforme o más adecuado de la Constitución con el resto de normas del ordenamiento jurídico, cuando entran en conflicto o colisión valores, principios y derechos fundamentales.

También se puede presentar el conflicto entre criterios. El criterio más fuerte es el jerárquico. En caso de conflicto entre el criterio jerárquico y el cronológico, o entre el jerárquico y el de especialidad, prevalece el primero por el principio de jerarquía normativa. El segundo criterio en fortaleza es el de especialidad. El criterio más débil es el cronológico.[235]

II. La solución de antinomias entre principios jurídicos

Los conflictos entre normas no se dan sólo a nivel de reglas. Si subimos un escalón más, podemos decir que en todas las partes del orden jurídico se notan fricciones entre los principios de todo derecho, es decir, entre los

[235] Mario Ruiz Sanz elabora el siguiente cuadro de conflicto entre criterios, incorporando los criterios de competencia y de prevalencia. Las situaciones que podrían presentarse según este autor son las siguientes: 1) Conflicto entre el criterio jerárquico y el de competencia. Tendría lugar entre una norma superior e incompetente y otra norma inferior pero competente. Si se aplica el criterio jerárquico vale la primera norma; en cambio si se usa el de competencia, sirve la segunda. 2) Conflicto entre el criterio cronológico y el de competencia. Procedería entre una norma posterior e incompetente, frente a otra norma anterior y competente. Por cronología prevalece la primera; por competencia, la segunda. 3) Conflicto entre el criterio de especialidad y el de competencia. Acontecería entre una norma especial pero incompetente frente a otra norma general con respecto a la primera y competente. Por especialidad se aplicaría la primera; por competencia, la segunda. 4) Conflicto entre el criterio jerárquico y el de prevalencia. Sucedería entre una norma superior y no prevalente, frente a otra norma inferior y prevalente. Con jerarquía se aplicaría la primera norma; con prevalencia, la segunda. 5) Conflicto entre el criterio cronológico y el de prevalencia. Estaría presente entre una norma posterior y no prevalente frente otra norma anterior y prevalente. Con cronología aplicaríamos la primera; con prevalencia, la segunda. 6) Conflicto entre el criterio de especialidad y el de prevalencia. Se daría entre una norma especial y no prevalente y otra norma general con respecto a la primera pero prevalente. Aplicando especialidad se daría la primera; con el criterio de prevalencia se priorizaría la segunda. 7) Conflicto entre los criterios de competencia y prevalencia. En caso de una norma competente y no prevalente, frente a otra norma incompetente pero prevalente. Desde competencia se tendría en cuenta la primera; desde prevalencia, la segunda. Consúltese Ruiz Sanz, Mario, *op. cit.*, nota 232, pp. 91 y 92.

principios de justicia, de funcionalidad y de seguridad jurídica; ninguno de los principios puede ser realizado de manera total, alguno de ellos tiene que ser sacrificado, total o parcialmente, dependiendo de los casos.[236]

El problema de antinomias entre principios no puede atenderse como el problema de antinomias entre reglas. Los conflictos o antinomias entre principios, según algunos, se caracterizan:

> 1) Porque o bien no existe una superposición de los supuestos de hecho de las normas (reglas), de manera que es imposible catalogar en abstracto los casos de posible conflicto, como ocurre con la igualdad o con los derechos fundamentales; bien porque, aun cuando pudieran identificarse las condiciones de aplicación, se trata de mandatos que ordenan observar una conducta en la mayor medida posible, siendo así que la determinación de lo exigible depende de la concurrencia de otros principios o mandatos; 2) porque, dada la naturaleza constitucional de los principios en conflicto y el propio carácter de estos últimos, la antinomia no puede resolverse mediante la declaración de invalidez de alguna de las normas, pero tampoco concibiendo una de ellas como excepción permanente a la otra; 3) porque, en consecuencia, cuando en la práctica se produce una de estas contradicciones la solución puede consistir bien en el triunfo de una de las normas, bien en la búsqueda de una solución que procure satisfacer a ambas, pero sin que pueda pretenderse que en otros casos de conflicto el resultado haya de ser el mismo…[237]

Cómo se solucionan los conflictos entre principios es una cuestión difícil. Algunos proponen tres posibles situaciones teóricas de contradicción entre principios: *a)* un conflicto normativo entre un principio en sentido estricto y una directriz o norma programática se resolvería con la aplicación preferente del primero, puesto que los principios en sentido estricto recogen valores que se consideran "razones categóricas frente a cualesquiera interés"; *b)* frente a un conflicto normativo entre dos principios en sentido estricto, entonces habría que ponderar las razones de cada uno de ellos, así como la preferencia aplicativa de uno sobre el otro, y *c)* ante un conflicto normativo donde entran en conflicto dos directrices o normas programáticas, la solución implica determinar la articulación de

236 Engisch, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Ernesto Garzón, Madrid, Guadarrama, 1967, pp. 204 y 205.

237 Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *cit.*, nota 51, pp.183 y 184.

políticas capaces de lograr, en el mayor grado posible, la consecución de los objetivos recogidos en las normas programáticas, por tanto, la ponderación es la base de la solución a estas antinomias.[238] Tal como puede apreciarse, la ponderación juega un papel fundamental en la solución de antinomias entre principios.

Los principios que no son excluyentes en el plano abstracto, no siguen entonces la lógica de las reglas. En los principios, la solución antinómica se da caso por caso a partir de una relación de preferencia condicionada. El modo de resolver antinomias de principios se llama, en términos gruesos, ponderación, aunque como vamos a ver a continuación, la ponderación es un elemento del principio de proporcionalidad. Otros métodos de solución son: el uso del principio del contenido esencial, la razonabilidad y la concordancia práctica, que entre otros se expondrán. La ponderación entraña una relación de continuidad y efectos recíprocos entre los principios; el perfil o delimitación entre los principios se resuelve siempre en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros principios en pugna. Dentro de la Constitución no existen jerarquías internas, por lo tanto, la realización entre principios debe ser precisada en cada situación específica. Los principios deben optimizarse perviviendo entre ellos, no eliminándose mutuamente. Por eso, el resultado de la interpretación entre principios opuestos no es el triunfo aplastante de alguno de ellos, sino su armonización, la búsqueda de una solución intermedia que procure la menor lesión entre los principios contradictorios.

La ponderación o proporcionalidad estricta se caracteriza como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para normar *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para atender en definitiva ese caso. La regla podría generalizarse, y cuando ello ocurre hace innecesaria la ponderación en casos futuros.

Un asunto que no debe perderse de vista en la ponderación o proporcionalidad estricta reside en el objeto de la ponderación: una jerarquía móvil de principios[239] que deben ser jerarquizados por el juzgador caso a caso. Éste, desde luego, tiene un ámbito de discrecionalidad amplio, asunto que ha sido muy criticado desde ciertas posiciones que consideran que los juzgadores se transforman en colegisladores y hasta en coautores de la Constitución.

238 Ruiz Sanz, Mario, *op. cit.*, nota 232, pp. 119 y 120.

239 Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 44, pp. 122-126.

III. Los distintos criterios y métodos de solución de antinomias entre principios jurídicos

Existen teorías materiales de los derechos fundamentales y teorías estructurales de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales que intentan prevalecer como criterio para la solución de antinomias entre principios jurídicos.[240] Las teorías materiales de los derechos fundamentales: la liberal, la democrática y la del Estado social, se ofrecen para algunos como el marco más adecuado para la interpretación de los derechos fundamentales.

La teoría liberal establece que los derechos fundamentales son derechos de libertad frente al Estado. Estas teorías reconocen al individuo una esfera de libertad negativa previa al Estado. Tal como Locke reconoció, el hombre es dueño absoluto de su propia persona y de sus posesiones.[241] La libertad negativa presupone que el individuo puede optar por una conducta entre toda una gama de posibilidades de acción, de escoger entre fines y estrategias alternativas, y define conceptualmente un espacio en el cual el hombre puede elegir entre diversas alternativas de conductas, ajeno a toda clase de interferencias provenientes del Estado o de otros individuos. La libertad es el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros.[242]

En toda la tradición liberal de los derechos fundamentales (Locke, Spinoza, Kant, John Stuart Mill o I. Berlin) es claro que la libertad se concibe como no interferencia. Estas ideas llevadas al plano jurídico han significado que autores como Schmitt señalen que los derechos fundamentales no son sino esferas de la libertad de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa.[243] Los derechos a prestaciones positivas en la obra de Schmitt no son auténticos derechos, son derechos relativos, pues están condicionados por la organización estatal y por el lugar

240 Böckenförde, Ernst Wolfgang, "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 36; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 251 y ss.

241 Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Alba, 1987, pp. 138-144.

242 Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, 1988, pp. 191 y ss.

243 Schmitt, Karl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 169.

que esta organización asigna al individuo. Los derechos de libertad, en cambio, no están a disposición del legislador. En consecuencia, los derechos de libertad constituyen un catálogo reducido, y están fuera del ámbito del legislador. Desde luego que en caso de conflicto entre los derechos absolutos de libertad negativa y el resto de los derechos o principios jurídicos éstos prevalecerán indefectiblemente. Sin embargo, Schmitt llegó a sostener que en algunos casos excepcionales estos derechos pueden ser limitados con medidas mesurables y controlables. Estos últimos elementos pueden implicar tibiamente presupuestos para el principio de proporcionalidad, y para la armonización entre derechos en caso de conflicto entre ellos, pero con prevalencia de los derechos de defensa.

En otras teorías liberales de los derechos, como la de Rawls, se coincide con la idea de que las libertades básicas conforman una lista breve y cerrada, en la cual están incluidas únicamente las libertades de pensamiento y de conciencia, las libertades políticas de asociación, las libertades físicas y de integridad de la persona, y los derechos y libertades implicadas por el principio de legalidad.[244] Para Rawls es obvia la prioridad de las libertades sobre todos los demás bienes importantes para la sociedad, incluidos los fines que atañen a una mejor redistribución social de la riqueza. Para Rawls las libertades básicas, y los derechos fundamentales en que se concretan posteriormente, no son susceptibles de restricción. Rawls, por tanto, rechazaría la aplicación de un principio de proporcionalidad o concepto de ponderación. El liberalismo político pretende hacer innecesaria la ponderación mediante la reducción de la lista de derechos fundamentales a los imprescindibles para el desarrollo de las facultades morales de la persona. La teoría de Rawls entra en crisis cuando se aplica una Constitución que reconoce no sólo los derechos de libertad, sino también derechos sociales y derechos fundamentales democráticos.

La teoría democrática de los derechos fundamentales propugna la atribución al sujeto de la mayor capacidad posible para darse normas a sí mismo, defiende un entendimiento del individuo como sujeto soberano, capaz de autogobernarse, que tiene el derecho de no obedecer más que a sus propios designios. La libertad se entiende como libertad ejercida dentro de la comunidad y no por un individuo aislado.[245]

244 Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, pp. 289-371.

245 Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 240, p. 308.

Las normas válidas sólo serán aquellas en donde los individuos hayan participado en calidad de miembros de discursos racionales. En términos habermasianos, el principio democrático no es nada distinto al principio del discurso institucionalizado mediante la forma jurídica.[246]

La dimensión democrática de los derechos afecta sobre todo a las libertades de conciencia, opinión, expresión, prensa, información, reunión, sindicación y asociación, que son aquellas que revisten un mayor significado como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado. Se trata de fundamentos o presupuestos funcionales de la democracia.

La teoría democrática vista desde el principio de proporcionalidad nos señalaría que se concede a determinadas posiciones jurídicas, relacionadas con el principio democrático, una primacía o un mayor peso en la ponderación cuando entran en conflicto con posiciones que se derivan de las libertades o de derechos que tutelan otros bienes. Algunas sentencias del Tribunal Constitucional español han puesto de relieve la primacía de ciertos derechos sobre otros en función de su dimensión democrática. La sentencia 104/86 concedió la primacía a las libertades de expresión y de información frente al derecho al honor en función del principio democrático.[247]

En síntesis, se puede señalar que los derechos democráticos son restringibles. Pueden ser restringidos en razón de las libertades, de los derechos de prestación y de otros derechos de prestación y democráticos por parte de otros titulares y en razón de otros bienes constitucionales. Existe, por tanto, un imperativo de armonización de estos derechos con otros en caso de colisión.

La teoría de los derechos fundamentales en el Estado social se basa en el concepto de necesidad.[248] El filósofo Ernst Tugendhat[249] establece que los derechos fundamentales señalan reglas de cooperación social que

246 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, *cit.*, nota 29, pp. 147 y ss.

247 González Beilfuss, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2003.

248 Heller, Agnes, *La teoría de las necesidades en Marx*, Barcelona, Península, 1986; Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos desde la escuela de Budapest*, Madrid, Tecnos, 1989; Lucas, Javier de y Añon, María José, "Necesidades, razones, derechos", *Doxa*, núm. 7, 1990.

249 Tugendhat, Ernst, *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 334; *id.*, *Problemas*, Barcelona, Gedisa, 2001.

trazan las condiciones en las cuales se desarrollan los vínculos entre los individuos, y entre éstos y el Estado. Hay sectores sociales de la comunidad que no pueden valerse por sí mismos. Por tanto, el sistema de derechos fundamentales no puede sostenerse sobre la presunción errada de que la sociedad está conformada enteramente por individuos capaces, autónomos y autosuficientes, que además intervienen en condiciones de igualdad en la toma de decisiones políticas

Las reglas de cooperación desarrollan el principio de solidaridad, conforman los derechos prestacionales y prescriben deberes de actuar que tienen un doble efecto de irradiación. Dichos deberes se proyectan en primer lugar sobre el propio afectado —a quien su *status* inicial como persona autónoma le impone una obligación de autoayuda—, y sobre sus familiares y allegados, que tienen con el afectado un vínculo de solidaridad muy estrecho. Si estas obligaciones positivas no pueden ser satisfechas en primera instancia, se traspasan, de modo subsidiario, sobre todos y cada uno de los miembros de la sociedad que se aúnan en el Estado.

Autores como Alexy[250] han sostenido que el argumento principal en favor de los derechos fundamentales sociales es un argumento de libertad, pues la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor.

Ya sea que los derechos sociales tengan su origen en la necesidad o en la libertad, es un hecho que éstos requieren, a diferencia de otros derechos, de leyes de ayuda, subsidio, aseguramiento, organización, impuestos, procedimiento, dirección, planificación y fomento. Como otros derechos, los derechos sociales tienen una validez *prima facie*, y por tanto, en caso de colisión con otros derechos, será necesaria su armonización o ponderación en cada caso concreto.

Para no debilitar el núcleo de los derechos sociales se ha sostenido un principio de no regresividad. Esto es, la prohibición del retroceso social, que entraña que al legislador le está vedado desmontar las medidas que ha adoptado para desarrollar los derechos prestacionales. En virtud de esta prohibición, el legislador está incapacitado para disminuir las medidas que ha aprobado para desarrollar los derechos prestacionales; aunque sectores doctrinales matizan este principio señalando que el derecho al

250 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 136, p. 486.

no retroceso social está ceñido sólo a aquellas prestaciones estatales que están dirigidas a satisfacer al "contenido esencial" de los derechos prestacionales.[251]

La doctrina y la jurisprudencia también han acuñado la afirmación según la cual los derechos prestacionales, en todo su ámbito normativo —que incluye igualmente lo que puede designarse como contenido esencial—, están sometidos a la "reserva de lo posible", expresión que no debe entenderse como sólo lo posible desde el punto de vista presupuestario o fáctico, sino también lo posible jurídicamente, es decir, en relación con las exigencias de otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela.

Por la razones anteriores, Bernal ha señalado que los derechos y deberes de protección son posiciones jurídicas *prima facie*, que se convierten en posiciones definitivas sólo después de haber sido ponderadas a la luz del principio de proporcionalidad.[252]

Las teorías materiales son importantes para determinar el contenido de los derechos fundamentales, para intentar establecer un contenido esencial de los derechos. Sin embargo, llevadas a sus extremos, por ejemplo el de priorizar en términos absolutos unos derechos sobre otros, haría inviable el establecimiento de condiciones democráticas aceptables en la sociedad. Una sociedad regida por los derechos de libertad sin los de igualdad sería aberrante desde el mismo plano de los derechos o viceversa. También, una sociedad que entendiera los derechos sólo desde la participación olvidaría que existen bienes jurídicos que son válidos para todos independientemente de la participación de los ciudadanos.

IV. Criterios provenientes de las teorías estructurales de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales

Estos criterios pretenden ser formales, sin embargo debe reconocerse que aun ellos tienen un sustrato axiológico como los materiales. Son tres los criterios estructurales: las teorías del contenido esencial de los derechos fundamentales; las teorías internas o del contenido reducido de los

251 Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 240, p. 385.

252 *Ibidem*, p. 396.

derechos fundamentales, y el principio de proporcionalidad, en donde uno de sus elementos es la ponderación.

La tesis del contenido esencial asimila los derechos a entidades que se asemejan a células, para señalar sobre todo que el legislador, pero también el intérprete de la Constitución, no puede afectar su núcleo. Esto, de entrada, ha sido criticado, pues los derechos fundamentales carecen de sustancia o esencia; como conceptos que son, están y estarán determinados en cuanto a su extensión por la forma en que sean concebidos por los operadores jurídicos.

Entre las teorías del contenido esencial existen diferencias y matices. Hay teorías que mezclan el contenido esencial con el principio de proporcionalidad, y teorías que restringen la dimensión absoluta del contenido esencial a un espacio temporal.[253]

Las teorías absolutistas proclaman que los derechos fundamentales poseen un núcleo inalterable que no puede se afectado por el legislador, y que existe una zona accidental no esencial que puede ser manipulada por éste. Luciano Parejo lo ha explicado así: "existe un límite definitorio de la sustancia nuclear que en ningún caso puede ser traspasado… es el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque sólo sea en algunos de sus elementos) el derecho dejó de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere".[254]

El problema de la tesis absolutista del contenido esencial es que orilla al intuicionismo para definir el contenido esencial de los derechos. Por eso se ha dicho por los defensores de esta tesis, que el contenido esencial se define gracias a las convicciones generalizadas de los juristas. Es decir, el contenido esencial se remite a lo que disponga la doctrina, criterio externo y difuso, que no es aceptable en términos ni jurídicos ni democráticos, pues cuando se esfuman las convicciones generales de los juristas en los casos difíciles, sólo queda el intuicionismo de los órganos de control constitucional para definir el contenido esencial.

Otro criterio para precisar un contenido esencial absolutista consiste en tratar de buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo o

253 Parejo Alfonso, Luciano, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981, pp. 169 y ss.

254 *Ibidem*, p. 183.

médula de los derechos. El problema es que no existe un criterio intersubjetivo claro para establecer en todos los casos si uno de los específicos intereses subjetivos protegidos por el derecho fundamental pertenece al núcleo o a la periferia. La indeterminación de los derechos fundamentales y su vinculación con el resto de los derechos y principios constitucionales, hace muy difícil determinar de manera abstracta, absoluta y permanente un núcleo para cada derecho, que, por otra parte, está siempre afectado por el contexto económico y social donde el derecho en cuestión opere.

Las teorías mixtas se hacen cargo del exceso de la tesis absolutista del contenido esencial y lo compaginan con el principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales son vistos con el mismo esquema de la teoría absoluta, es decir, como cuerpos que ocupan un lugar en el espacio y cuya sustancia se subdivide en un núcleo esencial y en una periferia, sin embargo se incorpora un matiz: las intervenciones del derecho no están desvinculadas jurídicamente, esto es, dichas intervenciones son admisibles si se respeta el principio de proporcionalidad.[255]

La justificación que brinda la proporcionalidad sólo es válida en la zona periférica del derecho. Toda medida que afecta su contenido esencial es inconstitucional. Medina Guerrero lo explica bien cuando señala que en el derecho constitucional español operan dos límites de los límites: el contenido esencial, que tiene expresa consagración en el artículo 53.1 de la Constitución española, y el principio de proporcionalidad, que implícitamente está consagrado en la Constitución. Los dos límites operan en planos independientes. El contenido esencial es una parte definible y cierta del contenido de cada derecho. El principio de proporcionalidad es un instrumento de ponderación de derechos fundamentales.[256] El contenido esencial está referido a cada momento histórico.

La crítica a las teorías mixtas se puede hacer expresando que es imposible determinar contenidos esenciales de los derechos, pues no existe un criterio racional para ello. La introducción del principio de proporciona-

255 Medina Guerrero, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, 1997, pp. 145 y ss.; Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 140 y ss.

256 Medina Guerrero, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, *cit.*, nota anterior, p. 119.

lidad en la periferia del derecho es un paso hacia adelante, sin embargo, la idea de que cada derecho fundamental tiene una zona nuclear que no puede ser restringida es incompatible con la ponderación entre derechos y bienes. La ponderación y proporcionalidad son métodos lógicamente incompatibles con la idea de un contenido esencial duro y absoluto.

La validez de la restricción legislativa se establece mediante la evaluación de su proporcionalidad. El contenido esencial no puede ser definido previamente. De esta manera encontramos dos tipos antitéticos de juicios de constitucionalidad. En la teoría absoluta y mixta del contenido esencial el juicio es unidireccional, esto es, el tribunal constitucional se limita a detectar el núcleo del derecho y a observar si la restricción legislativa lo afecta o no lo afecta; por el contrario, el juicio de constitucionalidad es relacional en términos del principio de proporcionalidad y, por tanto, la labor del tribunal de constitucionalidad consiste en establecer si las ventajas que la restricción legislativa implica para el derecho, o bien que la justifica, compensan las desventajas para el derecho restringido, en un examen entre las ventajas y desventajas.

La teoría temporal-absoluta del contenido esencial ha sido defendida por Javier Jiménez Campo.[257] Se basa en tres características: absoluta, culturalista y judicialista. Absoluta porque el contenido esencial del derecho es en todo caso irrestringible por parte del legislador (preexiste a él); si la legislación afecta al contenido esencial desfigura el derecho fundamental. Es culturalista porque niega que los derechos fundamentales tengan un núcleo esencial que se pueda definir en abstracto, *a priori* o de manera ideal; afirma que el contenido esencial del derecho se debe identificar en la cultura jurídica existente en cada momento histórico de la sociedad. Es judicialista porque reconoce que aquello que sea el contenido esencial de un derecho fundamental no es algo que pueda ser definido antes del juicio de constitucionalidad de la ley restrictiva.

En la teoría de Jiménez Campo, la cultura jurídica en movimiento y cambio define el contenido esencial. El núcleo de cada uno de los derechos varía a lo largo de la historia, y en todo caso guarda en su evolución un parecido de familia en sus sentidos anteriores.

La crítica a esta posición es obvia. En una sociedad heterogénea y pluralista, la cultura jurídica no es un dato objetivo. Además, es incorrecto

257 Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 24 y ss.

sostener que el contenido esencial preexiste a la construcción del intérprete constitucional, pues es éste quien define el contenido esencial. Por otra parte, no existe ningún mecanismo racional para controlar el cambio histórico de los contenidos esenciales de los derechos, los cuales siempre estarán a merced del intérprete de la Constitución.

Las teorías internas de los derechos fundamentales o del contenido reducido de los derechos sostienen que todo el contenido de los derechos fundamentales vincula al legislador y que en él se integran posiciones que no pueden ser afectadas por leyes restrictivas, pero que dicho contenido tiene una extensión bastante reducida. La teoría interna señala que todas las normas y posiciones que pueden ser adscritas a un derecho fundamental tienen una validez definitiva y no sólo una validez *prima facie*. Las restricciones o límites de los derechos fundamentales no proceden del exterior del derecho, sino de una entidad interior o "cosa garantizada" que demarca los contornos de la sustancia a la que aluden las disposiciones que los tipifican.[258]

Distintos autores se han ocupado de la teoría: Müller, Habermas e Ignacio de Otto. Müller sostiene que con la ponderación se subvierte la jerarquía formal del orden jurídico, pues mediante este procedimiento se eleva la importancia de la ley y de las demás disposiciones de rango inferior a la Constitución, de manera tal que se sopesan en un mismo nivel con las disposiciones constitucionales. Los derechos fundamentales dejan de ser barreras para los poderes públicos, se diluyen.

Müller, con el auxilio de la hermenéutica, propone concretar el programa normativo y el ámbito normativo de cada disposición iusfundamental, mediante un análisis lingüístico. El programa normativo consiste en el conjunto de "datos lingüísticos" interpretados que emanan de cada disposición iusfundamental, y el ámbito normativo es el conjunto de "datos reales" aludidos por dichos datos lingüísticos. Müller propone un ejercicio lingüístico: reconocer todos los datos lingüísticos que conforman la disposición de derecho fundamental (programa normativo) y enlazar a estos datos lingüísticos todos los fenómenos de la realidad que les corresponda (ámbito normativo). Se intenta suplir la subjetividad del juez constitucional por la objetividad de los límites prefigurados en el

258 Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 240, pp. 442 y ss.

texto de la Constitución, aunque ese análisis lingüístico indefectiblemente estará influido por la apreciación cultural del juzgador en turno.[259]

En España, Ignacio de Otto elabora una crítica al principio de proporcionalidad. Le parece un artificio subversivo que mina la estructura del orden jurídico, pues la relación entre las normas constitucionales se subvierte por entero en perjuicio de los derechos fundamentales, porque el derecho empieza allí donde acaba la posibilidad de limitarlo. Para De Otto la determinación del contenido de los derechos es un ejercicio de hermenéutica. Se trata de analizar la disposición fundamental por métodos lingüísticos para saber si en su campo semántico se encuentra la norma o la posición iusfundamental que se restringe mediante la ley.[260]

Así, De Otto opina que las limitaciones a los derechos, entendidas como la supresión de una parte de su contenido a causa de actos externos provenientes de los poderes constituidos, no existen, no son necesarias ni posibles. La Constitución prefigura los contornos del ámbito de los derechos y predetermina todos sus alcances. El contenido del derecho ya viene limitado por la Constitución.

Habermas, en *Facticidad y validez*, critica la idea de los derechos como valores, pues al estar previstos en la Constitución están revestidos de un carácter deontológico y no teleológico (propio de los valores). Los valores además encarnan preferencias de la comunidad susceptibles de ser sustituidas y modificadas en todo momento, en tanto que los derechos fundamentales establecen el deber inmutable de ser cumplidos hasta que sean despojados de su validez mediante los procedimientos previstos en el ordenamiento.[261]

El filósofo de Frankfurt critica el carácter discrecional del principio de proporcionalidad, su carácter subjetivo y la imposibilidad del control racional de las decisiones judiciales cuando se acude al principio de proporcionalidad. Su crítica más dura señala que los derechos fundamentales, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, pierden su validez, son degradados jurídicamente.

259 Müller, F., "Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989, pp. 120 y ss.

260 Otto y Pardo, Ignacio de, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en Martin-Retortillo, L., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 115-119.

261 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, *cit.*, nota 29, pp. 326 y ss.

Habermas encuentra en la teoría de Günther la respuesta. En los casos de colisión entre derechos fundamentales, la decisión del juez consiste en hallar entre las normas aplicables *prima facie*, aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita en la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes. Tarea que el Tribunal Constitucional sólo puede desarrollar en el control concreto de constitucionalidad y no en el abstracto.[262]

La diferencia entre las teorías internas y la teoría externa de la proporcionalidad reside en que esta última admite dos momentos. Un primer momento en que las normas adscritas del derecho fundamental valen *prima facie*, y un segundo en el que permanece un contenido reducido que vale definitivamente después del juicio de proporcionalidad. En las teorías internas el contenido es definitivo, es fijado de antemano sin tomar en cuenta las circunstancias del caso y las relaciones con el resto de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos implicados. Ahí se aprecia su debilidad e insuficiencia.

V. El principio de proporcionalidad

Éste se compone por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.[263]

Con el subprincipio de idoneidad o de adecuación se determina si la intervención en los derechos fundamentales es adecuada o no para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Este análisis acerca de la legitimidad del fin legislativo ha sido designado también como juicio de razonabilidad. El objeto de este juicio de razonabilidad consiste en constatar que la norma legal *sub examine* no constituye una decisión arbitraria, porque está fundamentada en alguna razón legítima, es decir, no está prohibido explícita o implícitamente por la Constitución.

El subprincipio de idoneidad es un juicio previo; en ocasiones la incertidumbre sobre si el fin legislativo es legítimo no puede dirimirse de entrada, por lo que será necesario esperar a la aplicación del último sub-

262 *Ibidem*, p. 334.

263 Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 240, pp. 657 y ss.

principio: el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. En caso de duda se está a la presunción de constitucionalidad de la ley.

No obstante, es necesario el agotamiento del subprincipio de idoneidad, pues el juzgador debe en esta etapa determinar los fines inmediatos y mediatos perseguidos por el legislador de la manera más concreta posible, de acuerdo con las circunstancias jurídicas y fácticas relevantes. Cada uno de los fines principales y secundarios de la medida legislativa debe ser analizado por separado para concluir sobre su legitimidad. La idoneidad de una medida adoptada por el legislador dependerá de que ésta guarde una relación positiva de cualquier tipo con su fin inmediato, es decir, debe facilitar su realización con independencia de su grado de eficacia, rapidez, plenitud, etcétera. Bastará en ocasiones la realización parcial del fin legislativo como argumento en favor de la idoneidad de la medida adoptada.

El subprincipio de idoneidad como el de necesidad son análisis preponderantemente fácticos. Esto es, la relación causal entre la medida legislativa y el fin o fines que persigue es empírica y debe analizarse tomando en cuenta los conocimientos científicos y/o las convicciones sociales aceptadas generalmente.

El subprincipio de necesidad sirve para analizar si la medida de intervención en los derechos fundamentales es la más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Para algunos, este subprincipio representa una extrapolación del óptimo de Pareto, según el cual una situación es eficiente cuando no puede operarse ningún cambio posible que mejore la posición de alguien sin desmejorar la posición de otro.

La elección de medios alternativos, el examen de su idoneidad y de la intensidad con la que afectan negativamente al derecho fundamental, son los aspectos determinantes en la estructura argumentativa del subprincipio de necesidad.

Para la aplicación del subprincipio de necesidad se siguen diferentes reglas. Así, los medios alternativos que no puedan llevarse a la práctica por imposibilidad técnica o por sus costos exorbitantes, no deben ser tenidos en cuenta en el examen de necesidad. La comparación entre medios alternativos no sólo es fáctica, también es normativa. Un medio alternativo será más benigno desde el punto de vista empírico si afecta negati-

vamente con menor eficacia, de modo menos duradero y con menor probabilidad a la norma o posición iusfundamental, y si afecta menos aspectos relativos al bien que esta norma o esta posición protege. Un medio alternativo se revela como un medio más benigno, desde el punto de vista normativo y analítico, si la norma o posición que habría afectado, de haber sido adoptado por el legislador, tiene un significado o una fundamentalidad menor dentro del ámbito normativo del derecho fundamental que la norma o posición afectada por la medida legislativa cuya constitucionalidad se controla. En caso de duda en el análisis de los medios alternativos, el juzgador debe esperar a la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto. El examen del medio más benigno se lleva en abstracto cuando se trata de control de constitucionalidad abstracta de la ley; se desarrolla en concreto, tomando en cuenta el caso, cuando se trata de control de constitucionalidad de la aplicación de la ley.

También es importante destacar que en el examen de necesidad, además de los medios alternativos de afectación a un derecho iusfundamental, deben tomarse en consideración otros intereses de la comunidad o la posible afectación al principio de igualdad.[264] La perspectiva del examen de necesidad debe realizarse *ex ante*, es decir, a partir de los datos y conocimientos que el legislador tenía en la época en que la ley fue adoptada por el Parlamento. Cuanto más intensa sea la intervención legislativa, más intenso deberá ser el control del juez constitucional. Finalmente, una medida legislativa debe ser declarada inconstitucional por carecer de necesidad sólo cuando aparezca de modo evidente, con fundamento en premisas empíricas, analíticas y normativas seguras, que existe un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo para fomentar el fin inmediato, interviene con menor intensidad en el derecho fundamental.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación sostiene que la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. El principio de proporcionalidad se estructura argumentativamente en tres pasos:

264 En México, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación aplicó en la sentencia SUP-RAP-050/2001 el principio de proporcionalidad al establecer los contornos debidos en las investigaciones de la autoridad electoral. Véase Cárdenas Gracia, Jaime, *Lecciones de los asuntos Pemex y Amigos de Fox*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 40 y ss.

1) El primero consiste en determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
2) El segundo consiste en comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.
3) El tercero es construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso.[265]

Las reglas del primer paso se expresan así:

a) Cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro de la Constitución, mayor será su peso en la ponderación (regla del peso abstracto).
b) Cuanto más intensa sea la intervención en el derecho fundamental, mayor será el peso del derecho en la ponderación; correlativamente, cuanto más intensa sea la realización del principio que fundamente la intervención legislativa, mayor será su peso en la ponderación (peso concreto).
c) La intensidad de la intervención en el derecho fundamental depende del significado, en cuanto a la realización de las facultades de la persona liberal, de la persona democrática y del individuo del Estado social, que tenga la posición *prima facie* afectada por la intervención legislativa, dentro del ámbito normativo del derecho respectivo.
d) La intensidad de la realización del fin mediato del legislador depende de la función que el fin inmediato desempeñe para la satisfacción de los intereses individuales o colectivos que el fin mediato garantiza.
e) La intensidad de la intervención en el derecho fundamental depende de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con los

265 Alexy, Robert, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", *op. cit.*, nota 136, pp. 31 y ss.

que la intervención legislativa afecte negativamente a la posición iusfundamental *prima facie*.

f) La intensidad de la realización del fin mediato del legislador depende de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con los que la intervención legislativa contribuya a obtener el fin inmediato del legislador.

Además, para determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, existen criterios para la determinación de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental. Los criterios que operan en el nivel normativo insisten en la función y papel de los derechos fundamentales, su peso o prioridad, por ejemplo en decisiones anteriores. También se establece que cuantas más conexiones tenga un derecho fundamental con la realización del principio democrático, mayor será su peso en la ponderación. Lo mismo ocurre con la dignidad humana.

Los criterios que operan en el nivel empírico para determinar la intensidad de la intervención en el derecho fundamental tienen relación con la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración.

El segundo paso, que compara magnitudes para medir la importancia entre el derecho fundamental y la intervención legislativa, se apoya en la ley de ponderación establecida por Alexy: "…cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro…". Esta ley de precedencia se basa en dos reglas que establecen cargas argumentativas.[266] La primera señala que los argumentos que juegan en favor de la realización del principio constitucional que respalda la intervención legislativa, deben tener peso por lo menos equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención en el derecho fundamental. La segunda precisa que la regla que establece una relación de precedencia condicionada, producida como resultado de la ponderación, debe ser aplicada a todos los casos idénticos y análogos.

El tercer eslabón es la construcción de una regla de precedencia condicionada. Se trata de una relación de precedencia condicionada porque el elemento normativo que adquiere prioridad no pasa a ocupar una posición jerárquica superior en el ordenamiento jurídico. Sólo determina la solución para el caso concreto y para los futuros casos idénticos y análogos.

266 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 136, p. 161.

VI. Análisis sobre el principio de proporcionalidad. Su justificación

El principio de proporcionalidad no es el único al que acude el juez constitucional. En algunos países, doctrinaria y jurisprudencialmente, se ha hecho hincapié en otros principios y métodos. Konrad Hesse proponía como principios de interpretación constitucional: el de la unidad de la constitución práctica, el de corrección funcional, el de valoración de la relevancia de los puntos de vista o de la eficacia integradora y el de la fuerza normativa de la Constitución.[267] En Latinoamérica, Rodolfo Luis Vigo ha propuesto sus diez directivas de interpretación constitucional, a saber: optimizar la fuerza normativa de la Constitución; la Constitución como sistema; la unidad del ordenamiento jurídico; la máxima funcionalidad del régimen político; la consolidación de los valores constitucionales; la atención a las consecuencias sociales; la fidelidad no estática al poder constituyente; la estabilidad relativa de las decisiones interpretativas; la fundamentación apropiada de las decisiones, y el esfuerzo coordinador del derecho constitucional con el derecho de origen internacional.[268] En España, Ezquiaga Ganuzas describió en forma pormenorizada todos los argumentos interpretativos que utiliza el Tribunal Constitucional español, que son: el analógico, el argumento a partir de principios, el sistemático, el *a fortiori*, el *a contrario*, el psicológico, el de la no redundancia, el apagógico, el pragmático, el de autoridad y el histórico.[269] En ese mismo país se proponen, siguiendo a Hesse y la jurisprudencia constitucional, reglas interpretativas propiamente constitucionales: unidad constitucional, corrección funcional, efectividad constitucional, fuerza normativa de la Constitución, armonización de los bienes constitucionales y, sobre todo, la regla política.[270]

267 Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 40-48.

268 Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 105 y ss.

269 Ezquiaga Ganuzas, Francisco J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, IVAP, 1987.

270 Lafuente Balle, José María, *La judicialización de la interpretación constitucional*, Madrid, Colex, 2000, pp.109-123.

No obstante, es hora de justificar por qué el principio de proporcionalidad es superior a los anteriormente mencionados y a los criterios que se han expuesto en el presente capítulo. En principio, debo decir que cualquier método que jerarquice de manera *a priori*, sin consideración del caso, un derecho fundamental sobre otro, carece de sentido en una sociedad pluralista. Cualquier jerarquización *a priori* absoluta y hasta relativa se encuentra marcada fuertemente por condicionamientos ideológicos. Zagrebelsky ya ha indicado el carácter dúctil y pluralista del derecho hoy en día, en donde ningún derecho o principio tiene o recibe una jerarquización *a priori*, porque ello significaría entronizarlo y romper con el carácter abierto y tolerante de las sociedades contemporáneas.[271]

La jerarquización de principios implica marcar a la sociedad con condicionantes ideológicos. Una ideología, un proyecto, se coloca por encima de los demás. La teoría jurídica brinda ejemplos, sin embargo, de esa jerarquización. El constitucionalista argentino Miguel Ángel Ekmekdjian sostiene que es errónea la idea de que los derechos constitucionales tienen la misma jerarquía porque los derechos son proyecciones de los valores, y toda teoría de los valores supone un orden jerárquico de los mismos, de modo que es preciso concluir que los derechos se encuentran ordenados jerárquicamente. Ekmekdjian propone la siguiente jerarquía en términos absolutos: 1) derechos a la dignidad humana y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, defensa); 2) derecho a la vida y sus derivados (derecho a la salud, a la integridad física y psicológica); 3) derecho a la libertad física; 4) restantes derechos de la personalidad (identidad, nombre, imagen, inviolabilidad del domicilio); 5) derecho a la información; 6) derecho de asociación; 7) los restantes derechos individuales, y 8) los derechos patrimoniales. Ekmekdjian deja fuera los derechos políticos, sociales, económicos y culturales.[272] Como puede apreciarse, el tipo de sociedad que se desprendería de esta jerarquización tiene que ver muy poco con las realidades y con el componente pluralista y heterogéneo de las sociedades, que privilegia una faceta del ser humano por encima de otras que también son fundamentales.

271 Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 44, pp. 122-126. Véase, también, Maniaci, Giorgio, "Algunas notas sobre coherencia y balance en la teoría de Robert Alexy", *Isonomía*, México, núm. 20, abril de 2004, pp. 137-177.

272 Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 2000, t. 1, pp. 478 y ss.

Lo anterior pone de relieve que los métodos que jerarquizan derechos son disolventes y desarticuladores social e individualmente. El principio de proporcionalidad, que como ya ha quedado dicho tiene por propósito contrapesar los bienes jurídicos en liza de acuerdo a las circunstancias del caso para determinar cuál es más importante para esa circunstancia concreta, se hace cargo del carácter pluralista, abierto y democrático de las sociedades. También admite el carácter conflictivo y heterogéneo de las sociedades. Parte de la idea de que en principio no hay derechos absolutos que puedan jerarquizarse *a priori*.

La técnica apoyada en el principio de proporcionalidad es un método ampliamente usado por los tribunales constitucionales europeos y por la Suprema Corte de los Estados Unidos.[273] Para algunos, nació en Estados Unidos de la mano de sentencias relativas a la libertad de expresión, para extenderse después a todo el derecho constitucional. Por ello, uno de los dogmas más extendidos en la doctrina estadounidense es que este principio de proporcionalidad o *balancing* es absolutamente inevitable e indispensable cuando entran en juego valores directamente reconocidos en el texto constitucional, y en especial cuando se trata de juzgar el interés público en la libertad de expresión en conjunto con otros bienes y/o derechos constitucionales.[274]

No obstante la extensión del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional, existen fuertes críticas al mismo. Habermas, como ya se indicó, señala que la aplicación del principio de proporcionalidad pone en riesgo la fuerza de los derechos, pues se derrumba el carácter deontológico de éstos en aras, cuando existe colisión entre ellos, de intereses colectivos. Además de que la aplicación de la proporcionalidad no implica el control racional en las decisiones.[275]

Como bien dice Alexy, la crítica de Habermas puede expresarse como un conjuro del peligro de un "demasiado poco" en los derechos fundamentales. Böckenförde critica al principio de proporcionalidad porque los derechos fundamentales entendidos como principios desplegarían sus efectos a lo largo de todo el ordenamiento, y de este modo generarían

273 Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Argentina, La Ley, 2000, pp. 10-14.

274 *Ibidem*, p. 11.

275 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, *cit.*, nota 29, pp. 327 y ss.

una eficacia expansiva en todos los ámbitos jurídicos, que conduciría necesariamente a una eficacia horizontal o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, así como el reconocimiento de que existan contenidos iusfundamentales de protección, de aseguramiento social, de organización y procedimiento, que exigen una actuación positiva del Estado y que no se limitan —como los clásicos derechos de libertad— a exigir únicamente omisiones estatales. Lo cual significa que el legislador perdería toda autonomía y su actividad se agotaría en la mera definición de aquello que ya está decidido en la Constitución, con lo que el proceso político democrático perdería todo significado.[276] Sobra decir que la crítica de Böckenförde, a diferencia de la de Habermas, es por los excesos del principio de proporcionalidad.

La respuesta que ha dado Alexy a Böckenförde es muy clara. Es falso que la Constitución y sus principios aten de manos al legislador. Una Constitución decide ciertamente asuntos fundamentales que el legislador no puede alterar o romper, pero también deja muchos ámbitos abiertos para que el legislador y el proceso político democrático operen y, por tanto, en ese sentido, la Constitución es un orden marco.[277]

La crítica de Habermas se ha contestado señalando que el principio de proporcionalidad no brinda certezas absolutas, tan sólo certezas racionales. No proporciona una racionalidad absoluta pero sí una racionalidad aceptable y plausible. La proporcionalidad confluye con las tesis moderadas frente a la tesis del único resultado de Dworkin y las tesis irracionalistas. Con la proporcionalidad es posible establecer resultados o decisiones de manera racional que son bastante aceptables, lo que justifica totalmente el método.[278] En otras palabras, no es un método irrefutable desde el punto de vista racional, pero su mecanismo de elaboración permite al menos un alto grado de justificación en la decisión judicial.

La otra crítica de Habermas puede ser desmontada aduciendo que después de la aplicación del principio de proporcionalidad el derecho ganador para el caso en concreto no queda diluido sino fortalecido. Lo que no es posible es consolidar en abstracto núcleos de derechos, pues ello con-

276 Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 193-196.

277 Alexy, Robert, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", *op. cit.*, nota 136, p. 23.

278 *Ibidem*, p. 32.

duciría al conflicto insalvable entre ellos. Es, por tanto, necesaria la labor de ponderación a través del principio de proporcionalidad para que ante situaciones específicas alguno de los derechos prevalezca. La otra solución conduciría indefectiblemente al empantanamiento social o a la jerarquización entre derechos.

Por lo que ve a las teorías del contenido esencial, basta decir que el significado de los derechos no puede ser determinado en abstracto con métodos puramente lingüísticos o hermenéuticos simples, se requiere del caso y de la colisión entre derechos para atribuir significados. No es posible a estas alturas apoyar posiciones esencialistas, los significados se encuentran a partir de las relaciones entre los conceptos y de éstos con el caso y el ordenamiento. Ahí está la riqueza del principio de proporcionalidad que mantiene la pluralidad de principios, y que acude a la realidad del caso para cualquier definición de precedencia condicionada.

El principio de proporcionalidad se enmarcará también dentro del carácter abierto de las sociedades. No hay soluciones definitivas de una vez y para siempre. Las soluciones jurídicas de los más altos tribunales de cada país son siempre revisables a la luz de los retos que van colocando los casos. Se trata de una visión viva y en permanente cambio del derecho, de equilibrios entre derechos contrapuestos que, sin embargo, requieren de solución en su enfrentamiento. No es que se niegue el papel que puede desempeñar la teoría del contenido esencial en el principio de proporcionalidad, desde luego que la tiene, pero es secundaria, puede servir para especificar al menos los siguientes elementos: quién es el titular del derecho; quién debe respetar o dar efecto al derecho de aquél; cuál es el contenido de la obligación, describiendo no sólo sus actos específicos sino también el tiempo y otras circunstancias y condiciones para su aplicación; cuáles son las condiciones en las que el titular pierde su derecho, incluyendo aquellas —si las hubiere— bajo las cuales puede renunciar a las obligaciones relevantes; qué facultades y poderes ostenta el titular en caso de incumplimiento del deber, y, sobre todo, qué libertades disfruta el titular que demanda el derecho, incluyendo una especificación de sus fronteras, como es el caso de la determinación de deberes, especialmente el deber de no interferir con las libertades de otros titulares de ese derecho o de otros derechos reconocidos.[279]

[279] Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 218 y 219.

VII. Recapitulación

La solución de antinomias es diversa según se trate de reglas o de principios. Para la solución de antinomias de reglas acudimos a los criterios de jerarquía, especialidad, cronológico, de competencia o de prevalencia. Cuando el conflicto de reglas no se resuelve acudiendo a los criterios anteriores se nos dirá que la solución se confía a la libertad del intérprete, el que valiéndose de todas las técnicas de interpretación disponibles resuelve haciendo uso de tres posibilidades: eliminar una de las dos normas, eliminar las dos o conservar las dos. Los conflictos entre criterios de solución de antinomias se atienden optando por el criterio más fuerte, que siempre es el de jerarquía.

Los conflictos entre principios no se pueden solucionar como los conflictos de reglas. Las razones son las siguientes: los principios ordenan observar una conducta en la mayor medida posible, esto es, ambos principios deben ser optimizados; la antinomia no puede resolverse mediante la declaración de invalidez de alguno de los principios; y el resultado está obligado a implicar la concordancia en el ordenamiento.

El modo de resolver antinomias de principios se llama en términos gruesos ponderación, en términos técnicos proporcionalidad, aunque existen otros posibles métodos: el uso del principio del contenido esencial o la razonabilidad. También, para algunos, sería posible resolver la antinomia de principios acudiendo a las teorías materiales de los derechos fundamentales. Estas teorías se clasifican en: las que promueven derechos de libertad, las que se decantan por los derechos democráticos, y la que pone el acento en los derechos sociales.

Las teorías liberales establecen que los derechos fundamentales son preponderantemente los de libertad negativa. Los derechos fundamentales integrarían una lista breve y cerrada fuera del ámbito del legislador. En caso de conflicto entre los derechos de libertad negativa y otros principios, prevalecerían los primeros. Las teorías liberales no suelen aceptar la ponderación.

Sobre las teorías democráticas debe decirse que propugnan la atribución al sujeto de la mayor capacidad posible para darse normas a sí mismo, defienden un entendimiento del individuo como sujeto soberano, capaz de autogobernarse, que tiene el derecho de no obedecer más que a sus propios designios. Estas teorías nos indican que se concede a deter-

minados derechos (expresión, reunión, manifestación, etcétera) mayor peso en toda ponderación.

Respecto a las teorías del Estado social, éstas se expresan en la primacía de los derechos sociales. En caso de colisión con otros derechos, los sociales tienen una validez *prima facie* que debe ser evaluada en la ponderación.

Las teorías materiales son importantes para determinar el contenido de los derechos fundamentales y para establecer un contenido de los derechos. Llevadas a sus extremos, se haría inviable la convivencia democrática en una sociedad pluralista y heterogénea

Además de las teorías materiales existen tres criterios estructurales que pretenden resolver antinomias de principios. Éstos son: las teorías del contenido esencial de los derechos, las teorías del contenido reducido de los derechos, y el principio de proporcionalidad.

Las teorías del contenido esencial —aunque entre ellas existen diferencias y matices— proponen desentrañar un núcleo básico en cada derecho fundamental que impida al legislador y al juez afectarlo. Sólo se acepta la regulación de la periferia del derecho iusfundamental.

Entre las críticas que se han realizado a estas teorías se pueden señalar dos: *a)* es incorrecto sostener que el contenido esencial preexista a la construcción del intérprete, y *b)* no hay ningún mecanismo racional para controlar el cambio histórico de los contenidos esenciales de los derechos, los cuales siempre estarán a merced del intérprete de la Constitución.

En cuanto a las teorías del contenido reducido de los derechos debe decirse que no es plausible sostener que todas las normas y posiciones que pueden ser adscritas a un derecho fundamental tengan una validez definitiva, pues el contenido básico del derecho no puede ser fijado de antemano sin tomar en cuenta las circunstancias del caso y las relaciones con el resto de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos implicados. De ahí la insuficiencia de los planteamientos de Müller, De Otto y Habermas.

El principio de proporcionalidad está compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Con el subprincipio de idoneidad se determina si la intervención en los derechos fundamentales es adecuada o no para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. El subprincipio de necesidad sirve para analizar si la medida de intervención en los derechos fundamentales es la

más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. El principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación sostiene que la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.

Como se indicó ya, el principio de proporcionalidad no es el único al que acude el juez constitucional. Otros métodos o vías entrañan utilizar los siguientes principios y/o reglas interpretativas: unidad constitucional, corrección funcional, efectividad constitucional, fuerza normativa de la Constitución, armonización de los bienes constitucionales y, sobre todo, la regla política.

En nuestro tiempo no es aceptable acudir al expediente que jerarquiza principios *a priori* y de manera absoluta. De darse, significaría entronizar ciertos derechos sobre otros y romper con el carácter abierto y tolerante de las sociedades contemporáneas.

El principio de proporcionalidad es superior a otras vías o métodos porque se hace cargo del carácter pluralista, abierto y democrático de la sociedad, admite el carácter conflictivo y heterogéneo del componente social. Parte de la idea de que no hay derechos absolutos que pueden jerarquizarse *a priori*.

A los críticos del principio de proporcionalidad debe precisárseles que este principio no brinda certezas absolutas pero sí una racionalidad aceptable y plausible. Con la proporcionalidad es posible establecer resultados o decisiones de manera racional que no conducen a la única respuesta correcta pero sí a determinaciones justificables.

También debe establecerse que no es posible consolidar en abstracto núcleos de derechos, pues se produciría el conflicto insalvable entre ellos. Casi siempre se requiere del caso y del ordenamiento. No es admisible apoyar posiciones esencialistas, dado que los significados se encuentran en las relaciones entre los conceptos.

Con el principio de proporcionalidad no se niega el papel que puede desempeñar la teoría del contenido esencial, pero éste es secundario. Puede servir para especificar elementos en la interpretación y en la argumentación de los principios, pero está incapacitada para afrontar la cuestión preponderante: contrapesar los bienes jurídicos en liza de acuerdo con las circunstancias del caso y del ordenamiento.

CAPÍTULO QUINTO
LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL 155

I. Introducción 155
II. Las explicaciones iniciales 157
III. La posición de los originalistas 159
IV. El impacto de los principios. La polémica europea: Kelsen y Schmitt 162
V. Las visiones desde la política: Ackerman y Ely 167
VI. La lectura de Ely y Ackerman en Iberoamérica: Nino, Gargarella y Ferreres 172
VII. Lecturas generalmente empleadas 178
VIII. Una visión francesa: Rousseau y Troper 187
IX. Hablemos de Habermas 190
X. ¿Cómo legitimar al juez constitucional? 194

Capítulo quinto

LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

I. Introducción

El presente capítulo es producto de los anteriores. Si la argumentación es derecho, si el modelo argumentativo y jurídico contemporáneo —el neoconstitucionalismo— clausura los dogmas tradicionales del positivismo, si los principios abren las puertas a otras maneras de entender la certeza jurídica, ¿qué pasa con los aplicadores?, ¿qué pasa con los jueces ahora que tienen que argumentar y no sólo interpretar?, ¿cómo los jueces están recibiendo estos cambios en la cultura jurídica y, en términos de democracia, cuál es su legitimidad cuando han sido adjetivados —por lo menos los jueces constitucionales— como poderes contramayoritarios, capaces de anular las leyes de las mayorías, capaces de vulnerar la tradicional seguridad y certeza jurídicas?

La dificultad contramayoritaria de una interpretación constitucional de principios que son desentrañados o atribuidos por los jueces constitucionales en un marco hermenéutico y contextual, no es un asunto sencillo. El nuevo Estado constitucional —en oposición al Estado de derecho— permite una rectificación al concepto de democracia basado en el poder de las mayorías, porque en este nuevo Estado la democracia implica también el respeto a los derechos humanos de todos, incluyendo a las minorías. En otras palabras, la democracia no sólo son reglas sobre quién y cómo se decide, también entraña reglas sobre qué se debe y qué no se debe decidir; esto es, los derechos humanos son parte de la democracia. La superación de la falacia electoralista como equivalente a democracia, trae a colación la naturaleza y alcance de los derechos humanos y la expresión de los mismos a través de los principios constitucionales, así como la manera en que son argumentados y concebidos por los tribunales. De ahí la pertinencia de las preguntas que a continuación formulo: ¿por qué

el Poder Judicial, que no es producto de una elección popular, puede invalidar una ley emanada del Legislativo?, ¿cómo la decisión democrática puede ser interferida por quienes no representan a nadie?, ¿en nombre de qué las generaciones pasadas pueden atar a las generaciones futuras?, ¿por qué parece que en el Estado constitucional democrático de derecho el poder se traslada del legislador al juez?, ¿cómo se puede conciliar la legitimidad democrática con los derechos humanos? Todas estas preguntas y otras similares, así como sus difíciles respuestas, tienen que ver con la legitimidad democrática de los jueces, y sobre todo con los jueces constitucionales, que en los sistemas de control concentrado anulan o invalidan leyes, y que en algunos ordenamientos, determinan al legislador sobre la manera específica en la que debe legislar materias concretas.

¿Cuál es la justificación para tal intervención?, ¿no se pone en riesgo la democracia?, ¿a quién representan los jueces? Estas preguntas, como las primeras, ponen en cuestión al sistema democrático, al grado que algunos hablan ya de un gobierno de jueces.[280] La dificultad contramayoritaria que significa la interpretación de Constituciones conformadas preponderantemente por principios[281] se ha intentado afrontar acudiendo a múltiples teorías. En algunas de ellas existe un pesimismo evidente, en otras se intenta conciliar a la democracia con el papel que en ella juegan los jueces. Desde antiguo, pero sobre todo ahora, que existe una muy clara conciencia del papel que los principios desarrollan en el modelo constitucional de derecho, se han dado respuestas diversas sobre la principal cuestión, que señala: si el principio democrático establece que las decisiones que afectan a la colectividad deben ser adoptadas a través de un procedimiento en el que todos puedan participar con su voz y con su voto, bajo la regla de la mayoría, y si en las condiciones actuales de la modernidad ese principio abstracto se concreta en el establecimiento de un sistema representativo en el que un Parlamento elegido periódicamente por sufragio universal toma decisiones por mayoría, entonces, ¿por qué deberían someterse las decisiones a un ulterior control judicial?[282] Algu-

280 Aguila, Rafael del, *La senda del mal, política y razón de Estado*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 293 y ss.

281 Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962, p. 16.

282 Ferreres, Víctor, "Justicia constitucional y democracia", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 247 y 248.

nas de las soluciones proponen una interpretación que asuma los presupuestos democráticos, como es el caso del Ely;[283] otras aluden a la soberanía constitucional;[284] otras plantean la reducción de los poderes interpretativos del juez —Kelsen y los originalistas estadounidenses—; otras sostienen la legitimidad judicial a partir de las garantías orgánicas y funcionales de independencia e imparcialidad judicial;[285] algunas hacen consistir la legitimidad del juez en la calidad de su argumentación para vislumbrar la única respuesta correcta en los casos difíciles;[286] otras proponen nuevos diseños institucionales en el Poder Judicial que propendan a una democracia más deliberativa y participativa,[287] y así, un largo etcétera de soluciones en un ámbito en donde algunos son muy pesimistas.[288]

En las páginas que siguen describiré algunas de estás posiciones para finalmente dar un punto de vista propio respecto a esta polémica.

II. Las explicaciones iniciales

Los padres fundadores de los Estados Unidos tuvieron ya conciencia de este importante problema. En los primeros años de vida independiente de esa nación, y debido al empobrecimiento de sectores muy amplios de

283 Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980.

284 Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987. Véase, también, la selección de artículos federalistas y antifederalistas en: Sánchez Cuenca, Ignacio y Lledó, Pablo, *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

285 Ibáñez, Perfecto Andrés, "Democracia con jueces", *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 128, diciembre de 2002, pp. 4-11.

286 Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, *cit*., nota 31, pp. 44-71.

287 Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 657 y ss. También véase Nino, Carlos, "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", *Cuadernos y debates*, Madrid, núm. 29, 1991, pp. 97 y ss.; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 173 y ss.

288 Troper, Michel, "El Poder Judicial y la democracia", en Malem, Jorge *et al.* (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 209-233. También véase Troper, Michel, *Por una teoría jurídica del Estado*, Madrid, Dykinson, 2001; Pintore, Anna, "Derechos insaciables", en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 196, pp. 243-265.

la sociedad estadounidense, las legislaturas locales aprobaron leyes en favor de los deudores que preocuparon a la elite económica estadounidense. Este último sector adujo que el despotismo legislativo de los estados debía frenarse. Alexander Hamilton denunció la usurpación del poder de la legislatura y señaló la posibilidad de ver a los representantes populares como "dictadores perpetuos".[289] En el mismo tenor, otros líderes, como Washington, argumentaron en contra del poder frenético de las legislaturas. Así, además de utilizarse la teoría de los pesos y contrapesos, argumentarse a favor de la segunda Cámara, demandar la reducción en tamaño de las legislaturas[290] y de impedir los actos de las facciones en las asambleas legislativas,[291] el Poder Judicial se usó para contener la influencia de las legislaturas locales. El Poder Judicial tuvo como finalidad en los albores de la vida independiente estadounidense proteger a las minorías y a los sectores socialmente aventajados de los sectores mayoritarios. Es verdad que no sólo con el Poder Judicial se logró ese sesgo en contra de las mayorías sociales, también se realizó con mecanismos que en alguna medida hoy perduran: el veto del Ejecutivo, las elecciones indirectas, distritos electorales extensos, por poner algunos ejemplos.

El tema, desde el punto de vista constitucional, implicaba, por lo que ve al Poder Judicial, su justificación democrática. En *El Federalista* existen textos que procuran hacer la justificación. Madison, en *El Federalista* 49, menciona que los jueces no tendrían contacto con el pueblo, y que por la forma en que eran nombrados, así como por la naturaleza y destino de su función, su labor equilibraría las posiciones y simpatías de la mayoría.[292] Hamilton, en *El Federalista* 78, desarrolla una importante justificación al considerar que la independencia judicial era necesaria para proteger la Constitución y los derechos individuales de los efectos de los malos humores de hombres intrigantes o de la influencia de coyunturas especiales que se esparcen entre el pueblo.[293] Sin embargo, en donde se consolida la justificación del Poder Judicial en esta etapa es en la sen-

289 Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 287, p. 25.

290 Madison, James, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987. Véanse sus reflexiones en los *papers* o artículos LV y LVIII, pp. 235-239 y 246-250.

291 *Idem*. Véase *El Federalista* X, pp. 35-41.

292 *Idem*. Véase *El Federalista* XLIX, pp. 214-217.

293 Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista*, *cit.*, nota 284. Véase *El Federalista* LXXVIII, pp. 330-336.

tencia *Marbury vs. Madison* de 1803 de la Suprema Corte de Estados Unidos, en la que se expresa la doctrina de la supremacía constitucional y el papel de la Constitución como el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo. El juez Marshall argumentó:

> ...hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza…[294]

De esta manera, el primer acercamiento al problema se intentó resolver con un argumento jurídico formal: la Constitución refleja en mayor medida que la ley al pueblo, y los jueces por su independencia son los guardianes naturales de esa soberanía. El argumento, que es bastante simple, ha sido cuestionado: Marshall no tomó en consideración que se estaba atando a las generaciones futuras; cuando se elaboró la Constitución de los Estados Unidos buena parte del pueblo fue excluido, y se presupone que los jueces constitucionales interpretan automáticamente y que no añaden nada en la argumentación constitucional.[295] A las razones anteriores habría que añadir que se estaba, a través de ese razonamiento, trasladando la soberanía del pueblo a los jueces constitucionales que no poseen legitimidad democrática de origen. Por tanto, el razonamiento de Marshall no resuelve los problemas planteados.

III. La posición de los originalistas

El originalismo es otra posición estadounidense construida para justificar la neutralidad de los jueces y con ello intentar reducir la crítica que aduce que mediante los poderes de interpretación el juez vulnera al legis-

294 Esta referencia se obtiene de Nino, Carlos, "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", *Cuadernos y debates*, *cit.*, nota 287, pp. 99 y 100.

295 Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 287, pp. 54-57.

lador. Casi desde el inicio de los Estados Unidos se sostuvo que el juez, y sobre todo el constitucional, debía observar los márgenes del texto constitucional y las intenciones de quienes redactaron la Constitución. El juez no debía ir más allá porque invadía los poderes del constituyente originario y podría entenderse su interpretación como una relectura de la Constitución, y cada interpretación como una puesta en marcha del proceso constituyente, además de invadir atribuciones del Legislativo y del Ejecutivo.

En el caso *Lochner vs. New York* de 1905, la Suprema Corte de los Estados Unidos mantuvo que la autonomía de la voluntad contractual no podía ser anulada por la legislación social, pues lo impedía la cláusula del debido proceso de la décima cuarta enmienda, cláusula que no sólo recogía la sujeción a derecho de los procedimientos establecidos por la ley para cualquier privación de vida, propiedad o libertad, sino también los límites sustantivos tradicionales a esas privaciones. En 1937, la Suprema Corte cambió su criterio y reconoció que constitucionalmente no era función de los jueces intervenir en los procesos sociales y políticos, pues esas funciones eran del Legislativo y del Ejecutivo.[296] El caso Lochner claramente representa todavía la influencia del caso *Marbury vs. Madison* de 1803: la idea de supremacía constitucional. El cambio constitucional de 1937 obedece a un nuevo criterio, el de reducir los poderes interpretativos de los jueces constitucionales.

Durante casi todo el siglo XX, La Suprema Corte de los Estados Unidos se ha debatido entre la posición originalista y la interpretativista. Así, de 1954 a 1970, el llamado Tribunal o Corte Warren modificó sustancialmente la Constitución, pero no lo hizo apoyándose en el criterio Lochner de 1905, sino apelando a principios generales y neutrales derivados del texto constitucional. A partir de los años setenta, el llamado Tribunal o Corte Burger resucitó las premisas de Lochner en la primera sentencia sobre el aborto *Roe vs. Wade* de 1973. En dicha sentencia se estableció el *right to privacy*, no previsto expresamente en la Constitución, para fundamentar la libertad de decisión de la mujer acerca de su embarazo y otros derechos de la personalidad.

296 Beltrán, Miguel, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1989, pp. 11-16. Véase, también, Lora Deltoro, Pablo de, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 29-54.

La doctrina estadounidense ha distinguido entre la Corte Warren y la Corte Burger. Sobre la primera se ha dicho que el juez constitucional aunque llevó al límite la interpretación de la norma fundamental lo hizo dentro de la Constitución; en cambio, la Corte Burger sustituyó al legislador en la toma de decisiones sociales sustantivas. Los enemigos de los amplios poderes interpretativos de la Suprema Corte adujeron y aducen que sólo la interpretación que se plantea desde el punto de vista del momento originario constituyente debe entenderse legítima.

Con motivo de la nominación de Robert Bork como *Justice* de la Suprema Corte en el periodo de Ronald Reagan y su rechazo por el Senado, se volvió a plantear la polémica. Para Bork, allí donde los padres fundadores no se plantearon una situación fáctica concreta no puede razonarse una sentencia conforme a principios generales y neutrales, en consecuencia, las decisiones deberían ser siempre tomadas por el legislador democráticamente elegido. La sustitución del criterio de la mayoría sin el apoyo que ofrece el texto de la Constitución o la visión que del mismo tenían sus autores constituye un acto voluntarista y subjetivo del juez que como tal usurpa el poder al pueblo y a sus representantes, que sólo están limitados por la Constitución.[297]

En la actualidad, en la Suprema Corte de los Estados Unidos más de un juez constitucional sostiene en general los puntos de vista de Bork. Antonin Scalia defiende una posición textualista, la cual entraña un rechazo a cualquier intento de subjetivismo judicial. Para Scalia, los jueces deben descubrir los significados originales de las leyes y de la Constitución, y después aplicar esos significados a los nuevos contextos. El textualismo busca los significados originales en el texto para respetar el pensamiento del constituyente originario. Para Scalia no es aceptable la interpretación de la ley de acuerdo a cualquier subjetivismo ni tampoco es partidario de que el juez acuda a la filosofía moral o política de su preferencia para resolver los casos. En una obra publicada por el autor y muy conocida, Scalia sostiene: "…words do have a limited range of meaning, and no interpretation that goes beyond that range is permissible…".[298]

297 Bork, Robert, "The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution", *Washington University Law Quarterly*, vol. 1979, núm. 3, verano, pp. 695-701.

298 Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1997, p. 24.

El originalismo demanda una restricción a la interpretación constitucional para evitar la fuerte discrecionalidad del juez estadounidense, pero también para enfrentar la crítica por su ilegitimidad democrática cuando desborda los contornos del texto constitucional. Como bien lo ha demostrado Dworkin, el originalismo presenta muchos lados débiles: quién es el constituyente originario, tal vez cada una de las posiciones que se mantuvieron en la convención constituyente o quizá las intenciones de los constituyentes en lo particular, o la de los constituyentes más relevantes, o las intenciones de quienes redactaron cada artículo constitucional; cómo atender al papel de los grupos de interés que influyeron en el constituyente; cómo enfrentar los prejuicios, intereses, de los constituyentes.[299] Además, el originalismo es insostenible dadas las dificultades de hermenéutica histórica: cómo leer casos actuales a partir de las convicciones más o menos generales del pasado. Podríamos agregar que el originalismo no se hace cargo de la naturaleza diversa de las normas jurídicas constitucionales, principalmente el rol que en el modelo de derecho contemporáneo desempeñan los principios constitucionales por su fuerte indeterminación, y con ello la necesidad de abrir la interpretación a otros discursos más allá del jurídico.

IV. El impacto de los principios. La polémica europea: Kelsen y Schmitt

La aparición de las normas de principio en el constitucionalismo generó desde los albores del siglo XX una fuerte polémica. Se dudó que los principios fuesen auténticas normas jurídicas, y el debate teórico más importante que tuvo lugar en Europa cuando se crearon los tribunales constitucionales versó sobre la legitimidad democrática de estos tribunales, las atribuciones del juez constitucional y si los principios eran sujetos de aplicación constitucional.[300] Se ponía en duda la "aplicación" en el sentido judicial de la palabra porque los principios no eran subsumibles, pues carecían de supuestos de hecho. Los tribunales constitucionales no eran bien vistos como guardianes de la Constitución por su falta de legitimi-

299 Dworkin, Ronald, *El Imperio de la justicia*, *cit.*, nota 31, pp. 251-280; Dworkin, Ronald, "Comment", en Scalia, *A Matter of Principle*, *cit.*, nota 298, pp. 115-127.

300 Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 44, p. 111.

dad democrática, y se consideraba que las normas de principio ahondaban la discrecionalidad judicial.

Este debate ocupó a juristas en Alemania y en Italia. El positivismo jurídico de la época impedía generalizar una posición favorable a la actuación del Tribunal Constitucional. Aun concluida la Segunda Guerra Mundial, voces como la de Ernst Forsthoff ponían en duda la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional. Para Forsthoff, la actividad del legislador se dirige a articular de manera general el conjunto de intereses sociales implícitos en la política. Las posibilidades de acción del Legislativo son enormes y no responden sólo a las exigencias derivadas de las disposiciones de la Constitución, sino a las demandas políticas de los diversos grupos sociales y a los intereses concretos de la comunidad. La ley no consiste en la mera ejecución de la Constitución. El juez constitucional, cuando interpreta la ley a partir de los principios, le impone al legislador sus opciones valorativas y usurpa su competencia para configurar la vida política de la sociedad. La intervención del Tribunal Constitucional es ilegítima en la vida política del Parlamento.[301]

El debate Kelsen-Schmitt,[302] que ciertamente fue uno de los más importantes en la primera mitad del siglo XX, se expone —entre otras— en la obra de Schmitt, *La defensa de la Constitución*,[303] y en la de Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*[304] No es sólo una polémica surgida a propósito de la aparición de los tribunales constitucionales en el periodo de decadencia de la República de Weimar. Representa ese debate la definición del papel del intérprete constitucional.

Para Schmitt, como se sabe, en el juego institucional de la Constitución de Weimar figuran dos posibles titulares del poder político: el presidente del *Reich* y el canciller del *Reich*; pero mientras el último apoya su autoridad en la confianza del Parlamento, el primero es el hombre de confianza de todo el pueblo alemán. El presidente cuenta con legitimidad

301 Forsthoff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 231 y ss.

302 Para adentrarse en este debate se recomienda Sanz Moreno, José Antonio, *Ordenación jurídica y Estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*, Granada, Comares, 2002.

303 Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, prólogo de Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1998.

304 Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 2002, col. Clásicos del Pensamiento 112.

de todo el pueblo. Schmitt afirma que la Constitución de Weimar dotó al presidente del *Reich* de una suma de atribuciones que lo colocan como un auténtico poder neutral, mediador, regulador y tutelar de la Constitución. Schmitt terminó reclamando un dictador con capacidad para distinguir al amigo del enemigo y con poder para adoptar las decisiones en el Estado total.[305]

La posición de Schmitt es clara: existe una desconfianza en su obra tanto al Parlamento como a los tribunales constitucionales. En el caso del primero por su incapacidad de representación y su débil legitimidad democrática. En cuanto a los tribunales constitucionales, su ilegitimidad sería aún más palmaria que los cuerpos legislativos. Schmitt elabora su crítica a partir de los objetivos de todo órgano jurisdiccional, pues toda decisión judicial ocurre *post eventum* (sobre hechos pasados), además es incidental y accesoria, dado que es aplicable al caso concreto y específico; la decisión judicial es deducida de una norma legal aplicable al caso. Para Schmitt, un tribunal de justicia puede ser defensor de la Constitución solamente en un Estado judicialista que someta la vida política entera al control de los tribunales ordinarios.[306] Un tribunal que concentre y monopolice la defensa de la Constitución traería aparejada una judicialización de la justicia y de la política.

El Parlamento tampoco representa la legitimidad democrática, no manifiesta la unidad e identidad del pueblo alemán, no es adecuado para defender la homogeneidad social; en realidad es un generador de la necesidad de defensa de la Constitución que sólo puede hacer de manera legítima el presidente del *Reich*.[307]

Kelsen aduce en favor del control jurisdiccional de la Constitución que nadie puede ser juez de su propia causa, por lo que es esencial que el control constitucional sea efectuado por un tribunal independiente de las otras funciones del Estado, sobre todo del gobierno y del Parlamento. Es impropio concebir al Parlamento como el único órgano político creador del derecho: la diferencia entre el carácter normativo de una ley parlamentaria y una sentencia judicial es sólo cuantitativa. Kelsen señala que

305 Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, *cit.*, nota 303, pp. 213-251. Véase, también, Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 3-27.

306 Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, *cit.*, nota 303, pp. 43-124.

307 Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, *cit.*, nota 305, pp. 41-65.

la función de un Tribunal Constitucional como el de Austria no es cualitativamente diferente a la de cualquier otro órgano judicial en lo que concierne a la determinación del contenido de una norma: la diferencia cardinal radica en que un tribunal ordinario produce normas que resuelven controversias específicas, mientras que el Tribunal Constitucional anula normas y actúa como legislador negativo.[308] Sin embargo, Kelsen sostiene que los poderes de interpretación constitucional son muy limitados.[309] En esta parte de la argumentación, el jurista vienés reclama un Tribunal Constitucional ceñido; se opone a la interpretación de cláusulas y principios abstractos. Manifiesta que: "…la Constitución debe, especialmente si crea un Tribunal Constitucional, abstenerse de todo tipo de fraseología, y si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible…".[310]

En este último punto, Kelsen desconfía de la interpretación constitucional abierta, propone Constituciones de detalle y regresa al automatismo interpretativo. En otras palabras, y como advierte Víctor Ferreres, Kelsen restringe el carácter político del Tribunal Constitucional a base de limitar el espacio de su libre discrecionalidad, a cuyo fin, dice Kelsen, las disposiciones constitucionales que protegen derechos fundamentales y otros valores semejantes no deben ser formuladas en términos generales.[311]

La posición de Kelsen es hija de una concepción del derecho basada exclusivamente en reglas y no en principios. Al no presuponer la concepción de principios, era obvio que Kelsen delimitara al intérprete constitucional. La interpretación queda ceñida al texto. El Tribunal Constitucional sí es legítimo pero sus jueces no poseen una amplia discrecionalidad judicial. Si tuvieran esta última perdería justificación su función, y se acercarían peligrosamente a las atribuciones propias del Parlamento.

Kelsen criticó duramente a Schmitt, pues no existe una contradicción esencial entre la función jurisdiccional y las funciones políticas, y tampoco existe problema si se piensa que las decisiones acerca de la consti-

308 Véase Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, *cit.*, nota 304, p. 37.

309 *Ibidem*, p. 33.

310 Véase Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)", *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 142 y 143.

311 Ferreres, Víctor, "Justicia constitucional y democracia", *op. cit.*, nota 282, p. 270.

tucionalidad de las leyes y la anulación de leyes inconstitucionales son actos políticos. Los tribunales constitucionales en la noción de Kelsen tienen un carácter político por la naturaleza de política jurídica de cualquier decisión jurisdiccional. El Parlamento no es el único órgano creador de derecho, y todo conflicto jurídico es un conflicto de intereses, es decir, un conflicto de poder; toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política, y todo conflicto que sea caracterizado como conflicto político, de intereses o de poder puede ser resuelto como controversia jurídica.[312]

Las limitaciones a la interpretación constitucional en Kelsen y su demanda en favor de una Constitución de detalle han tenido muchos seguidores en el derecho contemporáneo. En la doctrina constitucional española, como apunta Ferreres, existen émulos de Kelsen, tal es el caso de Rubio Llorente y Manuel Aragón.[313] En el derecho estadounidense, las tesis originalistas, aunque no se desprenden de Kelsen, mantienen la misma posición en favor de las Constituciones de detalle y el carácter textualista y ceñido de la interpretación, como ocurre con Bork y Antonin Scalia.[314]

Las visiones textualistas son deudoras de una concepción de derecho que sigue rechazando que el juez común y el constitucional puedan interpretar principios y valores. Hay en estas posturas claros resabios decimonónicos y una negación evidente a la legitimidad democrática del juez. Sin embargo, y no sólo derivado de la indeterminación del lenguaje jurídico, sino a consecuencia de las exigencias del caso y del contexto normativo y fáctico del mismo, el juez, sobre todo en casos difíciles o frente a la colisión entre principios constitucionales, requiere acudir a valoraciones que se encuentran explícitas o implícitas en el ordenamiento jurídico. Actuar de esta manera no tiene porqué implicar la afectación a las atribuciones del legislador, porque el juez no inventa derecho alguno sino que obtiene del sistema jurídico las soluciones para el caso específico.

312 Viturro, Paula, "El carácter político del control de constitucionalidad", *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 105.

313 Ferreres, Víctor, "Justicia constitucional y democracia", *op. cit.*, nota 282, pp. 270 y 271.

314 Scalia, Antonin, *op. cit.*, nota 298. Véase, también, Bork, Robert, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, Nueva York, The Free Press, 1990.

V. Las visiones desde la política: Ackerman y Ely

La teoría política estadounidense se ha enfrentado en este tema a distintos problemas: 1) al consistente en darle relevancia a la Constitución sin obstaculizar las posibilidades de autogobierno de cada generación; esta cuestión tiene antecedentes en Jefferson y Paine,[315] y 2) al referido en conciliar la regla de las mayorías con el texto constitucional y el papel del Poder Judicial.

1. *Ackerman*

Bruce Ackerman es conciente de que en una democracia debe gobernar la mayoría y no una elite como la del Poder Judicial. No obstante, no todas las decisiones de la mayoría pueden ser igualmente consideradas, puesto que éstas pueden equivocarse, las mayorías son falibles. Ackerman enfrenta la cuestión al distinguir que en una democracia existen dos tipos de decisiones. Por un lado, las decisiones que toman el conjunto de los ciudadanos, esto es, las decisiones constitucionales que se expresan en la Constitución, en sus reformas, y otras decisiones de gran trascendencia. Por otro están las determinaciones que asume la ciudadanía a través del gobierno y del Legislativo que son expresadas en leyes. Las decisiones fundamentales no son de todos los días y son tomadas durante momentos excepcionales de la vida nacional. Las decisiones legislativas, en cambio, son ordinarias y no pueden revocar las más sustanciales expresiones de la ciudadanía que han quedado contempladas en la Constitución.[316]

De esta manera Ackerman, a través de su visión dualista, parece darle la razón a Hamilton cuando éste sostuvo que la Constitución es la expresión más alta de la soberanía. Sin embargo, agrega que no sólo la Constitución es la expresión más alta de la soberanía sino también los acuerdos constitucionales posteriores, con lo que se separa de los originalistas y

315 Paine, Thomas, *Derechos del hombre*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, pp. 192-219.

316 Ackerman, Bruce, *We the People. Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991, pp. 3-33. Véase, también, Ackerman, Bruce, *We the People. Transformations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1998, pp. 3-95.

textualistas, y al mismo tiempo rechaza que las generaciones pasadas aten a las presentes.[317]

Ackerman no está de acuerdo en darle a las legislaturas toda la autoridad: las mayorías no son la expresión ni más alta ni la más completa de la soberanía. Las legislaturas son expresión de las mayorías y de la política cotidiana. Por eso, Ackerman no tiene empacho en justificar la existencia de un órgano judicial que pueda defender la expresión más alta de la soberanía reflejada en la Constitución y en decisiones constitucionales posteriores de los embates de la política cotidiana manifestados en las cambiantes mayorías legislativas. Este autor también combate a los que denomina fundamentalistas, esto es, aquellos que como Dworkin o Fiss colocan ciertos derechos humanos como básicos y ajenos al debate y a la deliberación democrática. Para él, los derechos deben ser defendidos porque son expresión de las decisiones constitucionales básicas o de primer nivel.[318]

Las objeciones a Ackerman se han hecho consistir, aceptando su premisa dualista, en por qué la Suprema Corte de los Estados Unidos debe ser la encargada de distinguir entre los dos niveles, los constitucionales y cotidianos, y por qué la Corte está más capacitada que otros órganos del Estado para sostener y defender las decisiones constitucionales de las mayorías legislativas.[319] Ackerman sólo podría contra-argumentar afirmando el papel que históricamente ha jugado la Suprema Corte de los Estados Unidos, sobre todo en momentos de quiebre institucional, por ejemplo durante etapas como la del *New Deal*.[320]

En donde Ackerman no produce teoría suficiente es en el ámbito relativo a la necesidad cada vez más imperiosa de incorporar al Poder Judicial y a los tribunales constitucionales al debate deliberativo y participativo de la sociedad. En otras palabras, se habría de hacer participar al Poder Judicial, a través de sus procedimientos y decisiones, en una esfera de mayor actividad y crítica de la sociedad hacia las reglas y principios constitucionales, así como sobre y respecto de las determinaciones judiciales.

317 Ackerman, Bruce, *We the People. Foundations*, *cit.*, nota anterior, pp. 29-33.

318 Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos, "Tres concepciones de la democracia constitucional", *Cuadernos y debates*, Madrid, núm. 29, 1991, pp. 15-31.

319 Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 287, pp. 140 y ss.

320 Ackerman, Bruce, *We the People. Transformations*, *cit.*, nota 316, pp. 255-420.

Como ya se ha dicho aquí, Ackerman enfrenta a los fundamentalistas porque aunque tienen un compromiso con la democracia, su respeto a los derechos fundamentales es mayor. Sostiene que no todos los fundamentalistas son iguales. Algunos, como Richard Epstein, enfatizan el rol fundamental del derecho de propiedad. Otros, como Dworkin y Nino, recogen el derecho a ser tratados como agentes morales iguales y autónomos. Fiss promueve el derecho de los grupos más postergados a ser tratados con especial consideración. El dualismo, según Ackerman, es superior porque distingue entre dos formas distintas de decisiones y dos formas distintas de legitimidad. Por un lado, otorga un importante rol a los derechos fundamentales y, por otro, tiene un compromiso con la democracia.

En palabras de Ackerman:

> …pensemos en que una mayoría movilizada, en un momento constitucional, logra la sanción de algún tipo de derecho, por ejemplo el derecho a no ser discriminado por razones de sexo. Dado esta conquista el dualista puede apoyar la idea fundamentalista de la invalidación por parte de la Corte Suprema de decisiones legales que atentan contra este derecho, aun cuando el derecho sancionado tenga poco o nada que ver con la integridad del proceso electoral, única hipótesis en que el monismo autoriza la invalidación. Para el dualista, la Corte avanza la causa de la democracia cuando preserva decisiones populares adoptadas en momentos constitucionales contra la erosión de decisiones políticas que no han ganado la máxima legitimidad democrática. Así, el dualista no tendrá problemas en afirmar que el derecho a no ser discriminado es un derecho que la Corte debe proteger no obstante lo que mayorías circunstanciales dispongan. De esta forma el dualismo puede ofrecer una teoría que corporiza una reconciliación profunda entre la democracia y los derechos.[321]

La diferencia entre el dualismo y el fundamentalismo es que el dualismo es democrático primero y protector de derechos después. El fundamentalismo, según Ackerman, revierte esta prioridad y llega a colocar a los derechos por encima de cualquier consideración. Los derechos fundamentales para Ackerman no son cartas de triunfo, son sólo la expresión máxima de la democracia. El tema de crítica a Ackerman es por qué hablar de dos tipos de niveles de decisión y no de distintos niveles de deci-

[321] Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos, *op. cit.*, nota 318, pp. 24 y 25.

sión, por qué hacer esa separación tan drástica entre dos y sólo dos niveles de decisión, además de por qué la Suprema Corte de Justicia es la que tiene la legitimidad democrática para defender y proteger los derechos y no otros órganos o instancias del Estado.

2. *Ely*

Según la expresión de Ackerman, Ely es un monista que prioriza la democracia mayoritaria sobre los derechos, además de que no distingue entre dos niveles de decisión: uno constitucional y otro ordinario. Podemos resumir la posición de Ely diciendo que el principio democrático exige que la mayoría parlamentaria tenga la última palabra en materia de derechos y que el juez constitucional no tiene la competencia de invalidar leyes aprobadas por el Parlamento, salvo en el caso en que la mayoría parlamentaria haya atentado contra los derechos que dan acceso al proceso político. Para Ely, el juez debe andar frente al legislador como árbitro del proceso democrático para determinar si éste se satisfizo en la esfera legislativa y política.[322]

Ely critica la polémica entre originalistas y no originalistas. A los originalistas porque atan al legislador y al juez a cláusulas constitucionales del constituyente originario de contenidos sumamente abstractos. A los evolucionistas por pretender limitar las decisiones democráticas a partir de valores que no se expresan en el texto constitucional.

Para Ely, la Constitución sólo protege una forma democrática de gobernar y no una ideología sustantiva.[323] La finalidad de la interpretación constitucional es la protección del proceso democrático en la sociedad y en las instituciones y no la preservación de ideologías o valores. Este autor elabora su teoría a partir de un análisis a la nota a pie de página número cuatro del juez Harlan Fiske Stone en la sentencia *United States vs. Carolene Products Co*. La nota abunda sobre la presunción de constitucionalidad de la ley y sugiere que está justificado un papel más activo para el juez constitucional cuando la ley restringe la participación política y cuando se afecta a minorías.

322 Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980.

323 *Ibidem*, p. 74.

La teoría de Ely se apoya entonces en la nota del juez Stone y en el análisis de las resoluciones de la Corte Warren en los Estados Unidos, que se centraron en: la cualificación de los electores y la formación de distritos electorales, sobre todo a partir de situaciones en las que se pretendía restar peso al voto de las minorías raciales; cuestiones vinculadas a la libertad de expresión y asociación; y casos relativos al trato igualitario de los grupos minoritarios y más desaventajados de la sociedad.

La posición de Ely es que la Constitución es un documento dirigido, fundamentalmente, a la definición de cuestiones procedimentales, lo que no significa que deje de ocuparse de los asuntos sustantivos, pero éstos deben quedar sujetos a las decisiones democráticas mayoritarias, a fin de que a nadie se discrimine en la aplicación de los valores colectivos definidos por el proceso democrático. Desde luego que a Ely le preocupa que todos los intereses estén representados, de modo que apoya el que se trate a todos con respeto, lo que significa que el juez debe velar porque el proceso político se desarrolle de acuerdo con este ideal representativo.

El juez constitucional de Ely debe seguir la siguiente pauta:

a) Proteger los derechos de participación: libertad de expresión, asociación, veto, aunque no estén recogidos expresamente en el texto constitucional.
b) Garantizar el derecho a no ser discriminado, pues existen personas que no pueden participar en el proceso político; éstas son víctimas de prejuicios y no logran que sus reclamos sean escuchados en el mismo grado que los reclamos de otros sectores sociales.
c) Los prejuicios son de dos tipos: de primer y segundo grado. Los prejuicios de primer grado consisten en el deseo de perjudicar, en el ánimo de que alguien sufra. Los prejuicios de segundo grado, en cambio, consisten en estereotipos inaceptables —generalizaciones no justificadas—.
d) Hay grupos insulares o discretos —marginales— que probablemente recibirán los prejuicios de la mayoría.
e) La base fundamental de la interpretación constitucional consiste en distinguir por parte del juez si la mayoría ha aprobado las leyes con base en prejuicios o en razones aceptables.
f) La ley tiene un mayor nivel de sospecha cuando afecta los derechos de participación política o cuando discrimina sin buenas razones.

> Fuera de estos supuestos, el juez debe actuar con deferencia al legislador.

La crítica a Ely ha señalado que no es posible analizar los procesos de discriminación en la ley sin tomar en cuenta elementos sustantivos, consideraciones políticas y morales, en síntesis axiológicas. La protección de la democracia no consiste solamente en la preservación de procedimientos; también es parte de la democracia la defensa de principios y derechos sustantivos. Y, como dice Laurence Tribe, una teoría que interprete que la Constitución sólo protege procedimientos impide que ésta desempeñe un papel central en el debate público, dado que la ciudadanía suele discutir acerca de cuestiones sustantivas y no exclusivamente acerca de los procedimientos.[324]

VI. La lectura de Ely y Ackerman en Iberoamérica: Nino, Gargarella y Ferreres

Nino, Gargarella y Ferreres, con distintos énfasis, llevan la posición de Ely y Ackerman a un nivel de profundización. Nino lo aclara perfectamente cuando, para fundamentar la legitimidad democrática del Poder Judicial, señala:

> …debe evitarse la oscilación entre una actitud de deferencia hacia el poder político, aun autoritario, y un elitismo epistémico que lleva a los jueces, a veces, a sustituir al proceso político democrático en la determinación de soluciones sustantivas. La contribución de orientar nuestra práctica constitucional hacia los ideales de una democracia liberal debe hacerse en su papel de triple custodio de las reglas del proceso democrático (entendidas no en sentido meramente formal sino sustantivo), de la autonomía personal, que implica rechazar normas con fundamentos perfeccionistas, y de la continuidad de la propia práctica constitucional. En este rol de triple custodio, los jueces deben ejercer una independencia entendida no como aislamiento, sino como participación vigorosa en un diálogo interactivo con los poderes políticos.[325]

[324] Tribe, Laurence, *Constitutional Choices*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, p. 19.

[325] Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional...*, *cit.*, nota 287, p. 712.

La cita anterior le brinda a Nino la ocasión para desarrollar un triple papel del juez constitucional que posibilita su legitimidad democrática: controlador del proceso democrático, protección de la autonomía individual, y continuidad de la práctica constitucional.

Controlador del proceso democrático significa que el juez constitucional en sus decisiones debe analizar si se garantizan en la ley objeto de debate constitucional: la existencia de un procedimiento de discusión amplio en el que debieron participar los interesados en relativa igualdad de condiciones; que el debate legal se haya centrado en valores y principios sociales intersubjetivos y no en la mera exposición de intereses crudos; que el debate haya reflejado los intereses e ideologías de los individuos representados; que la ley sea el producto de la regla de la mayoría, etcétera.[326] El control constitucional no debe limitarse a las condiciones formales que prescriben las Constituciones para la elaboración de las leyes, sino a los elementos de participación política ya mencionados. También el control constitucional puede tener un sentido correctivo para el futuro, es decir, prescribir modificaciones a los procedimientos políticos para maximizar la representación y participación política a fin de acercar estos procesos a condiciones deliberativas. El proceso democrático debe desarrollarse en forma deliberativa, y no hay deliberación si las decisiones no están acompañadas de razones. Nino propone un mecanismo de reenvío del juez constitucional al legislador para señalarle a éste que el proceso político en la elaboración de la ley fue deficiente, y para mostrarle que se requieren condiciones de mayor participación y deliberación en la determinación del texto legal, sin que necesariamente exista un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. En otras palabras, el juez interactuaría con el legislador en la búsqueda de razones o en el mejoramiento de las mismas.[327]

En cuanto a la protección de la autonomía personal, Nino considera, al igual que Ely, que los jueces no son los últimos custodios de los derechos individuales, sino que es el propio proceso democrático el que debe ofrecer el escudo de protección final frente a tales derechos. Para Nino hay dos tipos de principios morales posibles: los de índole "intersubjetiva", que valoran una conducta por sus efectos en los intereses de otros individuos diferentes al agente; y los "autorreferentes", que valoran una

326 *Ibidem*, p. 692.

327 *Ibidem*, p. 697.

acción o actitud por los efectos en la propia vida o carácter del individuo. El principio de autonomía de la persona veda interferir con la libre elección de los principios morales autorreferentes o ideales de excelencia humana, por lo que no puede ser misión del Estado imponer a los ciudadanos modelos de virtud personal. Los órganos políticos democráticos son la custodia final del principio de autonomía, y si estos órganos imponen un ideal de excelencia humana vía la regla de las mayorías, el juez debe descalificar la pieza legislativa perfeccionista.[328]

Para poder descalificar o anular la ley perfeccionista, el juez está obligado a analizar las razones verdaderas que justifiquen esa ley, pues podría haber razones relevantes y justificadas de carácter intersubjetivo y no del tipo autorreferencial. Desde luego que el proceso democrático presupone que los órganos políticos tuvieron cuidado en articular razones intersubjetivas y no autorreferenciales en la aprobación de la ley. No obstante, el juez constitucional debe analizar si las razones son relevantes o no en términos de protección social. Si sólo son razones, por ejemplo, en términos de "vicio" o de "ética cristiana", el juez tiene un amplio y efectivo papel en defensa de la autonomía de los ciudadanos.

El tercer rol es el de la continuidad de la práctica constitucional, en donde el juez constitucional debe revisar si la actuación de los órganos políticos observa la continuidad constitucional. Para ello, el juez toma en cuenta varias consideraciones: *a)* que el peligro de debilitamiento de la continuidad de la práctica sea realmente serio, aunque no sea inherente a la misma desviación que está evaluando, sino a su conjunción con otras o los efectos causales que previsiblemente tendrá, generalmente de carácter demostrativo; *b)* que se trate de una verdadera desviación de esta continuidad, tomando en cuenta los márgenes laxos que suelen dejar las convenciones interpretativas, y *c)* que la necesidad de continuidad de la práctica constitucional debe ponerse en balance con la necesidad de su perfeccionamiento según principios justificatorios de moralidad social, respecto de los cuales el proceso democrático tiene prioridad.[329]

En síntesis, Nino opina que el control de constitucionalidad por parte del juez constitucional no está justificado salvo en tres casos, a saber: la revisión del procedimiento democrático para ampliarlo y perfeccionarlo, en los términos de Ely; la descalificación de leyes fundadas en razones

328 *Ibidem*, pp. 697-699.

329 *Ibidem*, p. 702.

perfeccionistas, y el cuidado de una práctica constitucional moralmente aceptable. Nino, así, propone el reenvío al legislador como en la Constitución canadiense, con el propósito de estimular el proceso deliberativo democrático y salvaguardar el carácter representativo del Parlamento. De esta manera, podría existir una suerte de veto a la ley de la Corte Suprema que podría ser superado por una mayoría calificada del Congreso. En tratándose de reglamentos o decretos, el veto judicial obligaría a que el decreto o reglamento deba ser ratificado por el Congreso. En la llamada inconstitucionalidad por omisión, la Corte podría dirigirse a las comisiones legislativas o parlamentarias requiriéndoles en forma obligatoria que expliquen las razones de falta de legislación para promover o garantizar algún derecho y para que expongan la evolución del tratamiento parlamentario. A final de cuentas, con estas y otras medidas, el Poder Judicial interactúa en el proceso democrático.[330]

Gargarella sigue a Nino y expone reformas institucionales al Poder Judicial para que éste obtenga legitimidad democrática. Sus propuestas son tres: la introducción del reenvío como método orientado a quitarle al Poder Judicial "la última palabra" en cuestiones vinculadas con la Constitución y a fortalecer la "discusión" institucional; en segundo lugar, señala la necesidad de estrechar la vinculación entre las minorías sociales y el Poder Judicial a través de mecanismos que contribuyan a rearticular o tornar posible la relación entre la tarea de los jueces y la protección de los derechos de la minoría; y, en tercer término, una reforma judicial que, acompañada de una reforma política, promueva un modelo democrático más representativo, más deliberativo, más transparente y más orientado a la sociedad.[331]

El reenvío según Gargarella implicaría un mecanismo flexible para generar el diálogo institucional. La decisión judicial no tendría el carácter de decisión última y el Poder Judicial se encargaría de instar al Legislativo a que vuelva a reflexionar sobre su decisión. El método del reenvío promovería el diálogo institucional; la protección ante una general falibilidad en la toma de decisiones imparciales; la defensa del principio mayoritario, y la disminución de la actual rigidez del sistema constitucional.

330 Nino, Carlos, "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", *Cuadernos y debates*, *cit*., nota 287, pp. 97-137.

331 Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 287, pp. 173 y ss.

Para proteger a las minorías se propone que el máximo tribunal reservara directamente un tercio de sus cargos para sus representantes de grupos desfavorecidos. Si esta medida no fuere posible, se insiste en otras alternativas: trasladar, en los casos en que estén implicadas minorías, el estudio de la situación a un cuerpo orientado a la protección de los derechos de las minorías; también se podría establecer la figura de los *amicus curiae* y otros mecanismos procesales para la protección de intereses o reclamos colectivos o difusos.[332]

En cuanto a las reformas al Poder Judicial, éstas van por el lado de su independencia política (de los poderes públicos, del clamor popular, de la estructura judicial, de la burocracia interna); la transparencia en el Poder Judicial; la defensa de determinados derechos humanos: expresión, asociación, reunión, voto y protección de minorías, como precondiciones de la democracia, y la garantía de la autonomía de los individuos.[333]

Ferreres, aunque en principio parece apoyar una Constitución de detalle, cerrada, porque reduce la discreción del juez constitucional, deja de aceptarla porque conlleva a la vinculación injustificable de la generación actual y de las futuras a las decisiones de una generación muerta, porque no se permite acoger nuevas exigencias éticas derivadas de aspectos de la libertad y la dignidad humanas que no están contempladas en sus cláusulas específicas y dificulta el desarrollo de procesos interpretativos que permitan integrar políticamente a los miembros de una sociedad plural, así como a Estados diversos, dentro de una cultura pública común basada en valores compartidos.[334]

Por lo anterior, apuesta por una Constitución que en materia de derechos y libertades incluya disposiciones relativamente abstractas, y sólo debe la Constitución expresar reglas más específicas cuando éstas gocen de un consenso muy amplio y arraigado que permita aventurar que podrán resistir los esfuerzos críticos de las generaciones futuras. A lado de las reglas de detalle deben existir otras que protejan la "libertad", la "dignidad" y la "justicia", que puedan ser utilizadas para ampliar la protección a aspectos de la libertad, la dignidad o la justicia no previstos de manera específica, así como para contribuir a los procesos de integración política. Con estas cláusulas, según Ferreres, se deja al juez constitucio-

332 *Ibidem*, p. 186.

333 *Ibidem*, pp. 228-265.

334 Ferreres, V., "Justicia constitucional y democracia", *cit.*, nota 282, pp. 138 y 139.

nal un campo considerable de discreción interpretativa. ¿Cómo justificar este importante papel del juez?, ¿qué límites debe respetar?

Ferreres dice que el control judicial de la ley se justifica por la contribución que puede hacer el juez al mantenimiento de una cultura de deliberación pública, pero ese control debe llevarse a cabo bajo la presunción de que la ley a enjuiciar es constitucional. En virtud de esta presunción que protege a la ley, el juez debe actuar con deferencia hacia el legislador y, por tanto, debe escuchar desde una actitud de confianza las razones que éste aduce para justificar la ley cuestionada. El tema clave es en qué casos y bajo qué condiciones esa presunción queda destruida. Para Ferreres la presunción de constitucionalidad de la ley no puede ser muy fuerte, debe ser moderada.[335]

Un asunto vinculado a lo expuesto es el relativo a las técnicas alternativas usadas por el Poder Judicial y necesariamente la expulsión de la ley y/o su declaración de inconstitucionalidad. Nuestro autor no se refiere a las técnicas de interpretación conforme, sino a decisiones intermedias, dado que los argumentos de los que dispone el juez pueden ser insuficientes para justificar una declaración de inconstitucionalidad, pero pueden ser suficientes para fundamentar una decisión de tipo intermedio.[336] Así, Ferreres habla de "recomendaciones" al legislador para que éste modifique la ley en una determinada dirección.[337] También se podría declarar la constitucionalidad de la ley, pero dejando explícitamente abierta la posibilidad de ulterior revisión de la cuestión a la luz de nuevos datos y argumentos, como ejemplo de ello alude al voto del juez Souter en el caso del auxilio al suicidio por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Otra vía puede ser la explícita referencia del juez a la reversibilidad de la decisión cuando una cuestión constitucional es de gran complejidad porque entran en intenso conflicto diversos bienes constitucionales y porque la comunidad está fuertemente dividida acerca del problema moral que subyace la cuestión constitucional; el mérito de esta propuesta es que contribuye a integrar en una comunidad constitucional a grupos de personas que están fuertemente divididas en torno al problema moral que subyace al caso constitucional. Ferreres advierte igualmente que las sentencias de los tribunales pueden venir acompañadas de votos particulares en los que

335 *Ibidem*, pp. 79-139.

336 *Ibidem*, p. 298.

337 *Ibidem*, p. 299.

se manifieste que los argumentos de los perdidosos son sólidos y que, quizá, tendrá que reconsiderarse la cuestión en el futuro, pues, por ejemplo, un voto concurrente matiza la opinión mayoritaria. En el catálogo de sugerencias, este autor aconseja que el tribunal haga una explícita referencia al futuro en el supuesto de que considere que la ley, si bien es constitucional en términos generales, puede no serlo en su aplicación a determinados casos.[338]

Éstas y otras medidas intermedias servirían en la posición de Ferreres para mantener viva la cultura deliberativa, pues los tribunales constitucionales no tienen la última palabra a la hora de interpretar la Constitución. Asimismo, el proceso democrático puede reaccionar de varios modos ante una sentencia que invalida una ley. Una vía es la reforma constitucional, la otra es la aprobación de una nueva ley de contenido idéntico o similar a la invalidada. Lo importante es admitir que el significado de la Constitución no se establece de una vez y para siempre: es el producto de una conversación abierta a todos y es objeto de una búsqueda siempre inacabada.

VII. Lecturas generalmente empleadas

En este apartado expondré algunas ideas de lo que suelen decir los juristas de nuestro medio sobre la legitimidad democrática de los jueces y en particular del juez constitucional.

Una posición habitual y fuerte entre los teóricos de la argumentación jurídica insiste en la legitimidad del juez constitucional a través de sus decisiones. En otras palabras, el baremo para medir su legitimidad estará en relación con la racionalidad de la decisión jurídica: la observancia de reglas de coherencia, consistencia, de principios de universalización y consecuencialistas,[339] o en el cumplimiento de las reglas procedimentales de Alexy,[340] o en el mantenimiento de las reglas de coherencia de Aarnio,[341] o bien, en el nivel de adhesión que suscitan las decisiones judicia-

338 *Ibidem*, pp. 298-307.

339 MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *cit.*, nota 35; *id.*, "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", *op. cit.*, nota 35, entre otros.

340 Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, *cit.*, nota 36.

341 Aarnio, Aulis, "Las reglas en serio", *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 17-35.

les.[342] Esta solución señala en síntesis que la interpretación judicial es legítima si está fundada en criterios jurídicos, y el carácter jurídico de una interpretación se deriva de su racionalidad en términos comunicativos. Una interpretación es considerada racional si está debidamente motivada. Habría dos tipos de racionalidad a observar. Una racionalidad teórica que se refiere a la argumentación está fundada en el orden jurídico, así como a su claridad conceptual y estructural y a que los argumentos no contengan contradicciones. La racionalidad práctica se relaciona con el cumplimiento de reglas —como las de Alexy, MacCormick o Aarnio— de la argumentación jurisprudencial.

A la idea de que la legitimidad del juez constitucional viene dada por la calidad argumentativa de sus decisiones, se suma el argumento de Perfecto Andrés Ibáñez, quien sostiene que:

> …la legitimidad del juez no es formal sino materialmente democrática en cuanto su función está preordenada y es esencial para la garantía de los derechos fundamentales, que constituyen la "dimensión sustancial de la democracia", y debe ajustarse estrictamente a la legalidad constitucionalmente entendida, siendo así ésta su vía de conexión con la soberanía popular. Se trata de una clase de legitimidad que no es asimilable a la derivada de la litúrgica investidura de las magistraturas del Estado liberal, sacramental y para siempre, sino condicionada y estrechamente vinculada a la calidad de la prestación profesional, sometida a la crítica pública y a eventuales exigencias de responsabilidad previstas en el ordenamiento.[343]

Perfecto Andrés Ibáñez y otros autores de nuestro entorno[344] darán, además del argumento de calidad de las decisiones del juez y de su orientación a la protección de los derechos humanos a través de la legali-

342 Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, *cit.*, nota 20. También véase Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, *cit.*, nota 33, 1989; Manassero, María de los Ángeles, *De la argumentación al derecho razonable*, Pamplona, Eunsa, 2001; Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford-Nueva York, Clarendon Press, 1989.

343 Ibáñez, Perfecto Andrés, "Democracia con jueces", *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 128, diciembre de 2002, p. 9.

344 Ibáñez, Perfecto Andrés, *El Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1986. Véase Sagüés, Néstor Pedro, *Reforma judicial. Los sistemas de designación de magistrados y la escuela judicial en el derecho argentino y comparado*, Buenos Aires, Astrea, 1978.

dad constitucional, una gran importancia al estatuto personal del juez, a la unidad y exclusividad de la jurisdicción, y a la organización del Poder Judicial para poder medir el nivel de legitimidad judicial.

Trocker ya había señalado que el Poder Judicial trae su verdadera legitimación por el respeto de ciertas garantías procesales y formales. Es decir, el juez, para ser legítimo, deberá observar el régimen de garantías constitucionalmente previsto y el cumplimiento de las exigencias procedimentales, esto es, la observancia de la inmediación, de la efectividad del principio procesal de contradicción, del respeto al principio de presunción de inocencia y de la motivación de las decisiones. El juez se legitima por la incorporación plena de los valores inspiradores de la disciplina constitucional a su práctica jurisdiccional.[345]

Perfecto Andrés Ibáñez, Trocker y otros, insistirán en las garantías procesales y orgánicas para sostener la legitimidad del juez. Esto es, cómo el juez respeta los principios del proceso y qué estatuto judicial realmente tiene. La independencia sería la dimensión más importante de todo Poder Judicial, y se concibe como un principio dirigido a situar al órgano que imparte jurisdicción y a sus titulares al margen de presiones de otros poderes, de las partes o grupos sociales, individuos y también de los propios miembros del Poder Judicial.[346] La independencia está al servicio de la imparcialidad del órgano, de sus miembros y de las decisiones mismas. En el plano institucional, implica lograr el equilibrio con el resto de las instituciones para que éstas no interfieran en su labor. Se ha señalado la existencia de dos tipos de independencia. La primera, externa o del órgano en su relación con los otros poderes de influencia del exterior, que data del constitucionalismo liberal, busca preservar que el Poder Judicial realice su función sin interferencia, principalmente, de los otros poderes; en esa época, del monarca o del Legislativo, y en la actualidad de alguno de los poderes que sea predominante. Por otra parte, existe la independencia interna, que se ocupa de salvaguardar que cada juez en lo particular, *uti singuli*, no sea constreñido por la voluntad de sus superio-

345 Trocker, N., "La responsabilità del giudice", *Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile*, 4, 1982, p. 1300.

346 Ibáñez, Perfecto Andrés, "La corrupción en el banquillo", *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 40, marzo de 1994, pp. 10 y 11. También véase López Aguilar, J. F., "La independencia de los jueces", *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 51, abril de 1995, p. 15.

res o de los órganos internos del Poder Judicial. La independencia externa es pieza clave para medir la legitimidad del juez. No puede decirse que el Poder Judicial es independiente si el Ejecutivo diseña a su gusto la integración de los miembros del Poder Judicial o si puede sancionarlos, reducirles el salario, despedirlos o manipular la autonomía presupuestaria del órgano. La independencia interna sitúa al juez al abrigo de las presiones que nazcan del resto de la judicatura sobre el modo en que se debe ejercer su función. Se traduce en que no cabe otra corrección que la que emerge de la interpretación y aplicación del derecho de un órgano judicial superior a uno inferior y en virtud de los recursos legalmente previstos. La independencia interna entraña el respeto absoluto al voto particular cuando el órgano es colegiado.[347]

La responsabilidad es otro elemento o garantía orgánica a tener en cuenta para medir la independencia judicial: la posibilidad de que el juez sea controlado y sancionado cuando vulnera los principios y reglas de su función. La responsabilidad, sin embargo, está en tensión con la independencia judicial, pues a través o con el pretexto de la responsabilidad de los jueces, otros órganos o poderes del Estado, o los mismos magistrados encargados de sancionar a los miembros del Poder Judicial, pueden imponer sus puntos de vista, criterios de interpretación o hasta su ideología a los jueces objeto de ese examen. Lo importante es que el uso de la responsabilidad no sea instrumento de afectación de la independencia judicial o medio para inducir al conformismo y a la aceptación de los valores profesionales de la cúpula judicial.[348]

Un principio orgánico de legitimidad democrática es el respeto a los principios de unidad y exclusividad. Ambos implican que el Poder Judicial tiene el monopolio de la jurisdicción y que ningún otro poder u órgano puede imponer o exigir coactivamente el cumplimiento de lo previamente decidido en los procesos, pues esa potestad corresponde al Poder Judicial. El principio de exclusividad constriñe la actividad del Poder Judicial para que éste no tenga la pretensión de usurpar funciones administrativas o legislativas.[349]

347 Véase Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *El voto particular*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

348 Rebollo, Luis Martín, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

349 Ibáñez, Perfecto Andrés, *El Poder Judicial*, *cit.*, nota 344, p. 153.

El estatuto judicial comporta también una serie de garantías judiciales que abonan en favor de la legitimidad democrática del juez. Los principales son: selección justa, transparente e imparcial; inamovilidad; remuneración suficiente y no reducción de percepciones durante el encargo; la existencia de una carrera judicial; inmunidades, y el derecho a procedimientos imparciales, orales y públicos en caso de la pretensión de imposición de sanciones.[350]

La selección de jueces implica que en el acceso a cualquier cargo judicial, éste debe ser necesariamente abierto a todos los que reúnan requisitos razonables y contar con la igualdad de oportunidades en los concursos. En cuanto a los jueces supremos o máximos, su designación debe estar revestida de una transparencia y deliberación pública especial a fin de salvaguardar la independencia e imparcialidad.[351]

La inamovilidad entraña la permanencia de los miembros del Poder Judicial de carrera. Respecto al juez máximo o miembro del Tribunal Constitucional, su permanencia no debe ser indefinida, sino sujeta a la rotación a fin de ir incorporando al Poder Judicial posiciones jurisdiccionales diferentes y novedosas. Desde luego, el juez del Tribunal Constitucional o equivalente, durante su encargo, debe estar protegido constitucionalmente de amenazas internas o externas que puedan disminuir su nivel de independencia. Esto es, debe contar con inmunidades.

La remuneración suficiente y la prohibición de su reducción es un principio que proviene del artículo III de la Constitución estadounidense.[352] Significa que el salario o retribución judicial debe ser justa, adecuada e irrenunciable, conforme a las funciones y jerarquías del cargo.

No puede concebirse un Poder Judicial moderno sin carrera judicial, la cual debe estar normada por criterios democráticos, entre los que hay que destacar los de igualdad de oportunidades, objetividad e imparcialidad. La carrera judicial es la columna vertebral del estatuto judicial y de su estructura, organización, procedimientos y reglas, y depende de que

350 Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, *cit.*, nota 234, pp. 165 y 166.

351 Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 344.

352 El artículo III, sección I, de la Constitución de Estados Unidos señala que los jueces permanecerán en su cargo en tanto que observen buena conducta, y que deberán recibir por sus servicios una remuneración que no deberá ser disminuida durante su permanencia en funciones.

se tomen o no decisiones adecuadas en el desenvolvimiento profesional de sus miembros.

En este sentido, el autogobierno del Poder Judicial constituye un elemento institucional para reforzar la independencia y el estatuto de los jueces. El autogobierno implica que un órgano autónomo del Poder Judicial, pero compuesto principalmente por miembros judiciales, se encarga de la administración de los órganos jurisdiccionales así como de la carrera judicial para evitar no sólo la dominación administrativa del Ejecutivo, sino también de los tribunales de mayor jerarquía de cada país.[353]

Para que los órganos del autogobierno del Poder Judicial o consejos de la judicatura garanticen la independencia, el estatuto de los jueces, y con ellos la legitimidad democrática del Poder Judicial, es muy importante que:

1) Su integración sea preponderantemente del Poder Judicial y se realice por métodos de selección interna democrática, transparente y abierta a la sociedad.
2) Que la duración en el cargo de sus miembros titulares no se vea afectada por los condicionamientos, términos y plazos de duración de los otros poderes, principalmente del Ejecutivo.
3) Que los elementos del Consejo posean casi todas las garantías de los miembros del Poder Judicial, con excepción de algunas, como la inamovilidad absoluta para evitar mandarinatos a su interior.
4) Que para ser miembro no proveniente del Poder Judicial se acredite efectivamente una gran solvencia jurídica y de conocimiento de los problemas del Poder Judicial.
5) Es conveniente que la duración en el cargo de consejero no sea demasiado corta para evitar la irresponsabilidad de sus miembros.
6) El presupuesto del órgano debe estar señalado por la Constitución, según la regla de un porcentaje del presupuesto nacional.
7) Es fundamental que el Consejo se entienda como órgano constitucional autónomo, no limitado tampoco por las directivas de los tribunales supremos de cada país, con la finalidad de democratizar el Poder Judicial.

353 Ibáñez, Perfecto Andrés, *El Poder Judicial*, *cit.*, nota 344, pp. 32 y ss.

8) El Consejo debe funcionar y organizarse con reglas internas democráticas y transparentes en la selección de su presidente, en la continua rotación de cargos y funciones y en la adopción de las decisiones.
9) El trabajo del Consejo y sus decisiones no deben interferir en la independencia jurisdiccional de los jueces. Por eso, en los procedimientos disciplinarios, de traslado, designación y ascenso, deben guardarse absolutamente todas las garantías procesales y constitucionales.
10) Las atribuciones del Consejo de la judicatura por ningún motivo deben ser jurisdiccionales. Primero, porque los consejos no forman parte del Poder Judicial en sentido estricto, y en segundo, porque el único que tiene la atribución jurisdiccional es el Poder Judicial.
11) Los consejos deben adoptar sus decisiones en público y, como cualquier otro órgano constitucional, además de estar sometidos a la crítica ciudadana, deben ser controlables por el Tribunal Constitucional por ser éste el órgano de defensa de la constitucionalidad y del Estado de derecho.[354]

El Consejo de la Judicatura Federal mexicano resulta criticable por no observar muchas de las anteriores características, entre otras:

a) El Ejecutivo interviene en la designación de uno de sus miembros, lo que no es aceptable dada la historia reciente de control y dominación del Poder Ejecutivo sobre el Judicial.
b) La duración de cinco años en el cargo de consejero hace a los titulares del Consejo reos de los intereses sexenales del Ejecutivo o del Legislativo.
c) La composición no es preponderantemente judicial, cuando debe serlo. Los intereses políticos influyen en asuntos que por su naturaleza deben ser técnico-administrativos.
d) La forma de designación de sus titulares carece de transparencia, deliberación y participación social.

354 Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, *cit.*, nota 234, pp. 167 y 168.

e) La integración de los componentes del Consejo debería ser más democrática, en el sentido de que entre sus miembros se eligiera a su presidente.
f) El presidente de la Suprema Corte de Justicia no debería ser parte del Consejo, ya que él representa a un órgano diferente del Poder Judicial. Implica una intromisión en la independencia interna judicial.
g) El Consejo no representa todas las tendencias dentro del Poder Judicial (no es suficientemente representativo).

La autonomía financiera es una vertiente de la independencia económica del Poder Judicial que le daría a éste capacidad de gestión administrativa e impediría que vía la negociación o manipulación del presupuesto se constriña su independencia.

Otro tema clave es el de la relación del Poder Judicial federal con los poderes judiciales locales y los mecanismos de distribución de competencias. Para la legitimidad democrática del Poder Judicial en México es imprescindible una revisión del papel del amparo casación y la vulneración de las competencias de los tribunales locales. El Poder Judicial debe ser consecuente con el federalismo. No obstante, una reforma hacia el federalismo judicial obliga a que los tribunales locales gocen de todas las garantías orgánicas y procesales que hasta ahora no tienen. Los tribunales locales están menos protegidos, jurídica, política y económicamente, que los tribunales federales, frente a las atribuciones constitucionales y metaconstitucionales de los Ejecutivos locales.

Otras garantías orgánicas y procesales hacia la legitimidad democrática del Poder Judicial están en el orden de la más plena transparencia y publicidad de procedimientos y decisiones;[355] tienen relación con cambios organizativos y administrativos al interior del Poder Judicial: con la

[355] La Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal, durante el 2004, elaboraron un nuevo reglamento para la aplicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública gubernamental. El reglamento contiene restricciones importantes a la información que pueden ser consideradas contrarias a la Constitución. Lo más grave es que sólo son públicos, con algunas reservas, los expedientes concluidos y no así los procedimientos en trámite. Además de que se restringe vía un reglamento un derecho fundamental como el de información, lo que es contrario al artículo 1o. de la Constitución y al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

creación de un Tribunal Constitucional en México; con reformas a los medios, recursos e instrumentos de control de constitucionalidad;[356] con la vinculación directa del juez ordinario a la Constitución, ya sea a través de mecanismos de control difuso o mediante la introducción de la cuestión de inconstitucionalidad.[357]

Hasta aquí hemos expuesto que un buen número de teorías insisten en la calidad de las decisiones judiciales o en las garantías procesales y orgánicas para dotar de legitimidad democrática al Poder Judicial, pero me parece que otras vías o garantías tienen que ver con la relación entre el Poder Judicial y los ciudadanos y con la apertura del Poder Judicial a la sociedad. En este sentido, una tutela judicial efectiva implica reformas procesales profundas en aras de garantizar que el ciudadano en demanda de justicia encuentre en el Poder Judicial las vías procesales, la expeditez y la corrección de las decisiones. Para ello se requiere la incorporación de métodos alternativos de solución de controversias: mediación, arbitraje, amigable composición; se precisa de un cambio en la cultura jurídica en donde el juez ordinario y constitucional entiendan que su misión es el cumplimiento de los valores, principios y normas que forman el ordenamiento,[358] en especial el acatamiento a los derechos humanos con énfasis especial en los medios de acceso a la justicia y protección judicial; se necesita un cambio en la cultura jurídica que incorpore los modelos neoconstitucionales; se requiere de nuevos mecanismos de protección de los derechos fundamentales, tales como las acciones colectivas o de protección de intereses difusos, recursos de tutela a los derechos económicos, sociales y culturales, la incorporación de sectores marginados o minoritarios al proceso a través de la figura del *amicus curiae*, y la orientación de las decisiones del Poder Judicial en aras de profundizar los canales democráticos de la sociedad.

356 Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002; Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 127-172.

357 Cárdenas Gracia, Jaime, "Remover los dogmas", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 6, enero-junio de 2002, pp. 17-48.

358 Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 125.

VIII. Una visión francesa: Rousseau y Troper

Para Dominique Rousseau, que sigue a Marcel Gauchet, la democracia ya no tiene el significado y el sentido de regla de la mayoría; se considera que el juez constitucional hace prevalecer la voluntad del pueblo trascendente o perpetuo, el único verdadero soberano, por encima del pueblo actual.[359]

Esta tesis sostiene que:

> …ninguna configuración política es inmutable. Desde su invención —¿en la Antigüedad?— la democracia ha adoptado formas diversas y cambiantes. La que domina en nuestros días es la forma representativa: sobre la base del derecho de sufragio universal directo, organizado y canalizado por los partidos políticos, a los elegidos se les atribuye el monopolio de la representación y de la expresión de la voluntad de los ciudadanos. Estos últimos carecen de medios jurídicos para limitar a sus representantes en los periodos comprendidos entre dos elecciones. Pero, a pesar de ser la forma dominante, se reconoce que la democracia representativa ha dejado de producir sus efectos, está acabada, o simplemente está "en crisis". Quizá, más que estar "en crisis", de hecho está siendo objeto de una nueva mutación, sobre todo y en buena medida, por la emergencia de la justicia constitucional. En efecto, esta última introduce dos elementos que perturban la lógica representativa clásica: la ley deja de encontrar su sentido en la voluntad de los elegidos y pasa a encontrarla en la Constitución tal y como la interpretan los jueces constitucionales; los ciudadanos ya no quedan desamparados, sino que encuentran en el recurso a los tribunales constitucionales el instrumento que les permite controlar, entre dos elecciones, el trabajo legislativo de sus representantes.[360]

La democracia continua o perpetua de Rousseau es una democracia que se distingue de la directa, caracterizada por la distinción entre representantes y representados, y de la puramente representativa, que reduce al máximo la comunicación entre representantes y representados. La de-

[359] Véase Rousseau, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 28-30; Troper, Michel, "El Poder Judicial y la democracia", *La función judicial. Ética y democracia*, *cit.*, nota 288, pp. 209-233.

[360] Rousseau, Dominique, *op. cit*., nota anterior, pp. 106 y 107.

mocracia continua podría definirse —al menos de forma provisional— como una superación de la representación, no tanto porque la suprima, sino porque transforma y amplía el espacio de participación popular a través de la jurisdicción constitucional que permite a los individuos ejercer un trabajo político: el control de la acción de los gobernantes fuera de los momentos electorales.

Señala Dominique Rousseau que la legitimidad democrática del juez constitucional reside en su capacidad para controlar el poder. Cita al filósofo Alain, quien sostenía: "Un tirano puede ser elegido por sufragio universal y no deja de ser por ello menos tirano. Lo que importa no es el origen de los poderes sino el control continuo y eficaz que los gobernados ejercen sobre los gobernantes".[361] El control posee dos características: un aspecto "interno" a la sociedad política, cada una de sus instituciones se controlan, y un aspecto "externo", los gobernados deben disponer de un derecho de controlar estas instituciones. Esta segunda característica se convierte hoy en día en el elemento central de la exigencia democrática, pues la primera se revela insuficiente en cuanto los individuos mejor informados y con mayores conocimientos acceden a la comprensión del juego político y no aceptan ni ser apartados ni expedir un cheque en blanco a sus elegidos. Lo que se pretende, a falta de un poder de decisión, es al menos ejercer una influencia sobre las mismas, un derecho de control que les permita verificar que sus expectativas, preocupaciones y necesidades, no se desvíen por las tendencias de los políticos destinadas a satisfacer prioritariamente sus intereses particulares.

Los tribunales constitucionales son la garantía y salvaguardia de la libertad individual y con carácter más general de los derechos fundamentales, y aunque la subjetividad del juez no puede negarse, la interpretación de los textos no es nunca libre sino que viene determinada por un conjunto de circunstancias, entre las que la crítica pública de la doctrina y las reacciones de la opinión pública juegan un papel importante. La legitimidad democrática de la justicia constitucional se fundamenta en las transformaciones que su acción y los discursos que la acompañan provocan en la noción de la democracia.[362]

La posición de Troper es disolvente. Dice que si nos mantenemos dentro de la concepción clásica de la democracia: un sistema en el cual el

361 *Ibidem*, p. 29.

362 *Ibidem*, pp. 30 y 31.

poder es ejercitado por medio de normas generales adoptadas por el pueblo o sus representantes, la mayor parte de los sistemas reales no son democracias, puesto que un gran número de normas generales son creadas por jueces, que no son representantes electos. Establece que a partir de lo anterior sólo hay dos posibles alternativas: *a)* o se considera que los Parlamentos electos son democráticos, y se debe llamar a estos sistemas "regímenes mixtos", puesto que el poder es ejercido conjuntamente por una autoridad democrática y una autoridad aristocrática; o *b)* se considera que los Parlamentos no son más que una aristocracia electa y es necesario, por tanto, considerar que los sistemas en los que vivimos son repúblicas aristocráticas.[363]

La justicia constitucional presupone un concepto de democracia definido no ya como gobierno del pueblo por el propio pueblo, sino como gobierno de una voluntad general, formada en parte bajo la influencia que el pueblo ejerce a través de representantes y por otra de los jueces.[364] El gobierno de los jueces implica que éstos han usurpado un poder que no es naturalmente suyo en el sistema democrático, porque debería ser de quienes fueron electos por el pueblo. El gobierno de los jueces es una variedad de gobierno aristocrático; en una visión más débil, como ya se ha dicho, los jueces pueden ser considerados representantes y el gobierno de los jueces puede incluso ser llamado democracia si esta palabra no designa el poder de la mayoría, sino el reino de los valores llamados "democráticos".[365]

En materia de interpretación, Troper aduce una posición menos radical. El intérprete es jurídicamente libre de hacer cualquier interpretación, pero esa libertad jurídica, el derecho de hacer esto o aquello, se acompaña de restricciones resultado del contexto en el que se opera y especialmente de la necesidad de justificar de manera coherente las interpretaciones que ofrece.[366] La interpretación no tiene la pretensión de conocer la voluntad general, la interpretación es un acto de voluntad del intérprete ceñido por un contexto. La retórica es el arma estratégica del intérprete que

363 Troper, Michel, "El Poder Judicial y la democracia", *op. cit.*, nota 288, p. 231.

364 Véase Troper, Michel, *Por una teoría jurídica del Estado*, *cit*., nota 288, p. 328.

365 Véase Troper, Michel, *Ensayos de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2004, p. 148.

366 Bolaños, Bernardo, "Michel Tropel y el realismo jurídico francés", *Ensayo de teoría constitucional*, Fontamara, 2004, p. 11.

se desenvuelve dentro del contexto. Sin embargo, la teoría de la interpretación de Troper no se abre al debate público como en la obra de Rousseau o de Habermas.

La obra de Rousseau o Troper arrumba posiciones como las de Jeremy Waldron,[367] quien ve en la decisión por mayoría no sólo el procedimiento eficaz para la toma de decisiones, sino un procedimiento respetuoso en donde los individuos son tenidos en consideración, al respetar y tomar en serio la realidad de sus diferencias de opinión acerca de la justicia y el bien común, y al tratarlos como iguales en la autorización de la acción política. La democracia a todas luces se ha mutado, y no es ya sólo el sistema basado en la regla de las mayorías. Es un régimen político sujeto a embates graves como la partidocracia y el gobierno de expertos en un mundo globalizado. ¿Cómo conciliar democracia con derechos humanos y justicia constitucional? Creo que es posible si el ciudadano y la sociedad recobran el primer plano; si los tribunales constitucionales y el juez constitucional se abren a la sociedad como mecanismos de control de poder, tal como apunta Rousseau; si la democracia participativa, deliberativa y la transparencia plena se imponen; si los procesos de globalización son controlados por los ciudadanos, y si los derechos humanos de libertad y de igualdad son plenamente garantizados. Es obvio que la democracia no es ya una simple democracia de mayorías sino un sistema normativamente sujeto a reglas muy exigentes por lo que respecta a la celosa garantía de los derechos individuales y sociales, que son los que permiten el despliegue de la autonomía de cada ciudadano, es decir, de su innegociable dignidad. La democracia es justificable si se somete a restricciones constitucionales.[368]

IX. Hablemos de Habermas

El filósofo de Frankfurt sostiene que en países como Alemania o Estados Unidos es en donde la legitimidad de las decisiones judiciales se controvierte de manera más fuerte.[369] La discusión presenta tres vertien-

367 Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999, pp. 158 y 160.

368 Garzón Valdés, Ernesto, "Optimismo y pesimismo en la democracia", *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 131, abril de 2003, pp. 24-32.

369 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, *cit.*, nota 29, p. 312.

tes: la distribución de competencias entre el legislador democrático y la administración de justicia, es decir, una lectura desde la división de poderes; la segunda implica un debate sobre la indeterminación del derecho, pero centrándose en la "teoría de los valores", y la tercera insiste en proteger el procedimiento democrático de la producción del derecho.

Sobre el primer aspecto, Habermas no encuentra una limitación o afectación a la división de poderes. Los tribunales constitucionales actúan en el sentido de unificar y coherentizar el derecho.[370] Sólo puede encontrarse un problema cuando el Tribunal Constitucional ejerce una función de legislador negativo en el control abstracto de normas. Sobre este punto, Habermas es más partidario del autocontrol constitucional del Poder Legislativo, aunque insiste en el hecho de que toda interpretación constitucional tiende a la clarificación del derecho y al mantenimiento de un orden jurídico coherente. Citando a Hesse señala:

> Las decisiones del Tribunal Constitucional contienen sin duda un momento de configuración creadora. Pero toda interpretación tiene un carácter creador. Y sigue siendo interpretación aun cuando sirva a responder a cuestiones de derecho constitucional y tenga por objeto normas de la amplitud y apertura de las que son propias del derecho constitucional. La concretización de tales normas puede ofrecer mayores dificultades que la de los preceptos elaborados con mucho más detalle; pero esto no cambia nada en el hecho de que en ambos casos se trata de procesos estructuralmente análogos. Desde este punto de vista las competencias, más amplias, del Tribunal Constitucional no tendrían por qué poner en peligro la lógica de la división de poderes.[371]

Habermas critica el uso de principios como el de proporcionalidad, la reserva de lo posible, la limitación de derechos fundamentales inmediatamente válidos por derechos fundamentales de terceros, la protección de los derechos fundamentales mediante organización y procedimiento, etcétera.[372] Dichos conceptos sirven en caso de colisión para relacionar entre sí diversas normas, con la vista puesta en la "unidad de la Constitución" y en su estructura abierta. La apelación a tales principios sí podría

370 *Ibidem*, p. 313.

371 *Ibidem*, p. 317.

372 *Ibidem*, p. 321.

abrir la puerta a una creación del derecho de inspiración política que conforme a la división de poderes debería quedar reservada al legislador democrático.[373]

En la segunda vertiente, Habermas se opone a la jurisprudencia de valores del Tribunal Constitucional alemán. Para nuestro autor, los derechos fundamentales cobran un sentido distinto según se les entienda en el sentido de Dworkin, como principios jurídicos deontológicos, o en el sentido de Alexy, como bienes jurídicos optimizables. "Quien hace agotarse una Constitución en un orden concreto de valores, desconoce su específico sentido jurídico; pues como normas jurídicas, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción y no conforme al modelo de bienes apetecibles".[374]

La interpretación basada en valores, según Habermas, desvirtúa el papel del juez constitucional. Según él, esto puede verse en los excesos mencionados por Perry, quien considera que el juez constitucional es un maestro y un profeta, que con su interpretación de la palabra divina de los padres fundadores asegura la continuidad de una tradición constitutiva de la comunidad, para lo cual el juez, ni puede atenerse a la letra estricta ni tampoco depender de las convicciones mayoritarias.[375]

De esta manera la jurisprudencia de valores rompe con la posibilidad de coherencia interpretativa y la racionalidad normativa. El juez constitucional no puede disponer de razones específicas y propias de suerte que sirvan a una interpretación, desarrollo y configuración del sistema de los derechos dependiente directamente del Tribunal y, por tanto, a una actividad legislativa implícita. El Tribunal Constitucional no podría desarrollar su propia agenda con base en valores por él constituidos. Por eso, el control de normas no puede significar encargos al legislador a partir de la agenda del juez constitucional.

Habermas menciona que sólo las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes aseguran la legitimidad del derecho establecido. El Tribunal Constitucional habrá de proteger el sistema de derechos previsto en la Constitución y someter a un examen los contenidos de las normas controvertidas en conexión, sobre todo, con los presupues-

373 *Ibidem*, p. 326.

374 *Ibidem*, p. 329.

375 *Ibidem*, p. 331.

tos comunicativos y las condiciones procedimentales del proceso democrático de producción de normas. Habermas estima que la comprensión procedimentalista de la Constitución —como lo hace Ely en Estados Unidos— da al problema de la legitimidad de la jurisdicción constitucional un giro en términos de teoría de la democracia.[376]

La tercera vertiente se ha desarrollado sobre todo en Estados Unidos. ¿Cómo dividir el trabajo entre el legislador democrático y el Tribunal Constitucional? Ciertas visiones, como las del republicanismo renovado, entienden el papel del Tribunal Constitucional como el de un defensor de la democracia deliberativa, porque los grupos de interés imponen sus objetivos privados sobre el aparto estatal a costa de los intereses generales. Autores como Sunstein y Ackerman estarían dentro de esta tradición.

Habermas señala que si se entiende la Constitución como interpretación y configuración de un sistema de derechos mediante el cual se hace valer la conexión interna de autonomía pública y privada, una jurisprudencia constitucional ofensiva no sólo no resultaría perjudicial en los casos en que se trate de hacer valer el procedimiento democrático y la forma deliberativa de formación de la opinión y de la voluntad política, sino que incluso viene normativamente exigida. Sin embargo, para nuestro autor, tenemos que liberar el concepto de política deliberativa de connotaciones que exijan demasiado del Tribunal Constitucional, pues lo obligarían a estar permanentemente definiendo y decidiendo. Para el filósofo de Frankfurt, el Tribunal Constitucional no puede adoptar el papel de un regente que ocupa el lugar del sucesor en el trono ante la minoría de edad de éste y bajo el ojo crítico de un espacio público jurídico politizado —el de una ciudadanía ya adulta y convertida en comunidad de intérpretes de la Constitución—, el Tribunal Constitucional puede adoptar a lo sumo el papel de un tutor. La idealización del papel del Tribunal Constitucional es producto del estrechamiento ético de los discursos políticos.[377]

Como puede apreciarse, la posición de Habermas desconfía del activismo de los tribunales constitucionales. Reclama que sean situados dentro del marco de la división de poderes y en el adecuado reparto de trabajo con el legislador democrático. Habermas rechaza la jurisprudencia constitucional de valores de corte teleológico y prefiere una jurisprudencia

376 *Ibidem*, p. 337.

377 *Ibidem*, p. 354.

cia de principios deontológica. También se opone a la tendencia que apoya la idea de tribunales constitucionales que promuevan agendas propias más allá de lo que puede ser derivado de la Constitución y del legislador democrático. Existe también en su obra una actitud escéptica del Tribunal Constitucional como promotor de la democracia deliberativa.

Habermas es partidario de jueces constitucionales constreñidos, en donde la sociedad es la que tiene el rol más importante para generar las condiciones comunicativas y deliberativas. Es la sociedad la que conforma en primera instancia la comunidad de intérpretes constitucionales.

X. ¿Cómo legitimar al juez constitucional?

La legitimidad, en términos de filosofía política, es algo más que la mera aquiescencia a las autoridades y a las normas; implica la corrección de la actuación de la autoridad en función del respeto a los derechos fundamentales y al procedimiento democrático. La legitimidad del Poder Judicial, y en concreto del juez constitucional, no sólo depende de su mecanismo de elección, nombramiento y designación; tiene que ver con el funcionamiento, el ejercicio de la actuación de este poder.

¿Qué Poder Judicial es legítimo? Podríamos contestar esta pregunta en el sentido de Perelman o de Habermas, con palabras muy parecidas.[378] El Poder Judicial es legítimo si se dirige al auditorio universal. ¿Cuándo se dirige al auditorio universal? Desde mi punto de vista, cuando a través de sus decisiones promueve los canales de la democracia participativa y deliberativa, es decir, establece las condiciones para generar las bases comunicativas en la sociedad y desarrolla la sociedad abierta y tolerante; cuando es un instrumento de control del poder en el sentido de lo expuesto por Dominique Rousseau y ya reseñado páginas atrás; cuando se coloca en el plano de la defensa de las minorías a fin de darles voz y participación en el debate público; cuando hace posible que las precondiciones de la democracia: libertad de expresión, derecho a la información,

[378] Debemos recordar que Perelman tiene como punto central de su teoría la existencia de un auditorio universal en el que los participantes actúan con libertad y simetría, sujetos al carácter coactivo del mejor argumento. Por su parte, Habermas desarrolla las condiciones de una situación ideal de habla con el propósito de generar situaciones deliberativas, participativas y democráticas. En ambos, la finalidad es la obtención de un consenso social apoyado en la imparcialidad.

reunión y manifestación, se expandan e irradien en los ámbitos públicos y privados de la sociedad y en el Estado; cuando realiza con eficacia la tutela judicial, la protección judicial y permite el acceso real a la justicia, sin que los obstáculos procesales o materiales impidan que marginados, minorías o sectores sociales relevantes acudan a las instancias judiciales en demanda de justicia; y cuando se orienta a la protección de los derechos humanos en el sentido de consolidar una Constitución normativa.

Para que el juez constitucional y el Poder Judicial se dirijan al auditorio universal es obvio que se precisa de cambios institucionales y de cultura jurídica. La doctrina ha señalado algunos cambios que resalto: *a)* vinculación con el legislador democrático y con el Ejecutivo; *b)* racionalidad y justificación de las decisiones; *c)* garantías orgánicas; *d)* garantías procesales, y *e)* vinculación con la sociedad.

La vinculación con el legislador democrático y el Ejecutivo puede lograrse de variadas formas, tal como recogimos en el pensamiento de Nino y de la Constitución canadiense que ya se ha explicado. Por mi parte, propongo un control obligatorio previo de constitucionalidad abstracto, en donde el juez constitucional no se pronuncie por la declaración de inconstitucionalidad de la ley o del reglamento, sino que le señale al legislador y al Ejecutivo, las deficiencias constitucionales de las normas y promueva un debate con esos poderes. Se trataría de ejercer el control constitucional antes de la promulgación de la ley o reglamento, con el propósito de abrir una discusión interinstitucional sobre la constitucionalidad, en donde los sectores sociales interesados puedan acudir como terceros y bajo la figura de *amicus curiae*. La finalidad es obvia: impedir la aprobación de leyes y reglamentos al vapor sin la suficiente deliberación constitucional de temas fundamentales para la sociedad y, por otro lado, no vulnerar de entrada la legitimidad democrática del Legislativo y del Ejecutivo. Es decir, el juez constitucional sería respetuoso con el legislador y el Ejecutivo democráticos, pero sí incidiría en la revisión de constitucionalidad de las normas. Sería una forma de crítica interna del derecho, tal como la ha explicado Ferrajoli, antes de que las normas entren en vigor,[379] y además se tendría la debida participación social. La medida corregiría las deficiencias deliberativas existentes en el Parlamento.

379 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *cit.*, nota 48, pp. 851-903.

En cuanto a la racionalidad y justificación de las decisiones judiciales, debo decir que para algunos, y coincido con ellos, el termómetro más adecuado para medir la legitimidad democrática del Poder Judicial y del juez de constitucionalidad viene determinado por la calidad justificatoria de las decisiones. La argumentación jurídica debe ser elevada en el Poder Judicial a un rango nunca antes tenido. La consistencia, coherencia y el uso de argumentos consecuencialistas debe ser revisada escrupulosamente por vía de recurso por los tribunales superiores. En cuanto a los tribunales más altos, la exigencia de motivación jurídica debe quedar sujeta a la crítica de la sociedad y de los especialistas. Teorías como las de MacCormick o Alexy deben dar la pauta metodológica en la revisión argumentativa de las decisiones. El Poder Judicial y el juez constitucional, sin que se entienda como la promoción de un único método de control racional de las decisiones, pueden ensayar una pluralidad de métodos y vías argumentativas que redunden en la fortaleza de las decisiones. Las variadas reglas de coherencia y consistencia de las teorías argumentativas deben ser conocidas y puestas en práctica ampliamente por la clase judicial.

Las garantías orgánicas implican la independencia plena del Poder Judicial y del juez constitucional, así como la garantía del estatuto personal del juez o la garantía de unidad y la exclusividad de la organización del Poder Judicial, entre otras. Muchas medidas de este ámbito deben ser discutidas. En principio, la separación del Tribunal Constitucional del Poder Judicial, la implementación del control difuso, mixto (concentrado y difuso), o la incorporación de la cuestión de constitucionalidad, a fin de que cualquier juez o autoridad tenga la posibilidad de plantear cuestiones constitucionales y hacer crítica interna al derecho. También debe revisarse el mecanismo de designación de los más altos jueces del país con el propósito de ampliar la transparencia y la participación social en las designaciones. Las designaciones populares, sin participación social y sin transparencia, no ayudan; por el contrario, socavan la legitimidad del Poder Judicial. En Argentina se está proponiendo mayor publicidad en los procedimientos de designación de los jueces de la Corte Suprema, se reclaman audiencias públicas para el debate previo a la aprobación de los pliegos presentados por el presidente al Senado y la participación de la sociedad civil en las audiencias; la ciudadanía en general podría presentar opiniones y/o preguntas a los nominados, que deberán ser respondidas por ellos públicamente en el Senado. También se pide que el presi-

dente se autolimite en la designación de candidatos afines a su partido o carentes de antecedentes óptimos.[380]

Los mecanismos de transparencia en la designación, desde luego, deben ser reforzados para el nombramiento de los miembros del Consejo de la Judicatura Federal, y en los concursos y actuaciones de designación, remoción o sanción de los miembros de carrera del Poder Judicial. La independencia externa e interna debe ser ampliada con medidas tales como la autonomía presupuestal del Poder Judicial y con la imposición de severas sanciones al juez o funcionario judicial que determine de forma contraria a derecho criterios de actuación judicial en otros jueces. El respeto a la figura del voto particular y la disidencia jurídica en el Poder Judicial debe ser no sólo respetada sino garantizada. Los sistemas de responsabilidad de jueces no deben servir para vulnerar la independencia externa o interna del juez, o ser medio para inducir al conformismo y la aceptación de los valores profesionales de la cúpula judicial.

El Poder Judicial debe ganar de otros poderes, sobre todo del Ejecutivo, las competencias que le han arrebatado. La unidad y exclusividad de la jurisdicción es norma de la independencia del Poder Judicial. El estatuto judicial o garantías judiciales de inamovilidad, selección justa, transparente e imparcial, remuneración suficiente y no reducción de percepciones durante el encargo, son elementos fundamentales de la independencia de la jurisdicción que coadyuvan a la imparcialidad. En un reciente trabajo se incorporan como variables para medir la legitimidad democrática de los jueces, las siguientes: proceso de selección de jueces, estabilidad del mandato, procedimientos de asignación de casos, control de constitucionalidad, publicidad, independencia personal, jurisdicción exclusiva, ampliación del acceso a la justicia, duración de los mandatos, actores que participan en la selección de jueces, dificultad para remover jueces, entre otras.[381]

380 A este respecto es muy importante analizar el documento titulado "Una corte para la democracia", del 22 de enero de 2002, elaborado por las siguientes asociaciones argentinas: Asociación por los Derechos Civiles, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Fundación Poder Ciudadano, Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y Unión de Usuarios y Consumidores.

381 Linares, Sebastián, "La independencia judicial: conceptualización y medición", *Política y Gobierno*, México, vol. XI, núm. 1, primer semestre de 2004, pp. 73-136.

El Consejo de la Judicatura Federal debe ser reformado en el sentido reseñado en las páginas anteriores. La autonomía de este órgano debe ser real aun frente al propio Poder Judicial. El Consejo debe ser el órgano de gobierno y administración del Poder Judicial. Sus procedimientos, sesiones y debates deben ser públicos y con participación de los interesados o afectados con sus determinaciones. La información que se genere debe estar disponible a los ciudadanos.

En México, un tema pendiente es el del federalismo judicial. Los jueces locales deben gozar de todas las garantías orgánicas y procesales que hasta ahora no tienen. Los tribunales locales están menos protegidos, jurídica, política y financieramente, que los tribunales federales frente a las atribuciones constitucionales y metaconstitucionales de los Ejecutivos locales. El reparto competencial entre los jueces federales y locales debe ponerse a discusión, sobre todo en cuanto a la indebida intromisión de la justicia federal en la local por medio del llamado amparo casación.

Las garantías procesales van en el sentido de salvaguardar la legitimidad judicial a través de los principios procesales clásicos: adaptación del proceso, adquisición procesal, concentración, congruencia, contradictorio, eficacia procesal, igualdad, impulsión procesal, oralidad, publicidad, etcétera. También mediante la incorporación de métodos alternativos de solución de controversias: mediación, arbitraje, amigable composición; y con un cambio en la cultura jurídica, en donde el juez ordinario y constitucional entiendan que su principal misión es el cumplimiento de los principios y reglas constitucionales, en especial el acatamiento de los derechos humanos con énfasis especial en los medios de acceso a la justicia y protección judicial.

Finalmente, pero no por ello menos importante, la clave está en una nueva relación entre el Poder Judicial y la sociedad. Esa nueva relación puede darse a través de lo siguiente:

a) Modificar los vetustos criterios de la legitimación procesal activa. Abrir la jurisdicción a las acciones colectivas y protección de intereses difusos. También reformular los anquilosados criterios de interés jurídico. La jurisdicción debe estar al servicio de los ciudadanos y no debe ser un medio para denegar justicia.
b) La apertura a la jurisdicción debe darse también con una revisión a la capacitación técnica y la ampliación de recursos para los defensores de oficio.

c) La incorporación de sectores marginados o minorías al proceso debe ser una realidad a través de la figura del *amicus curiae*.
d) Deben incorporarse nuevas instituciones procesales para garantizar la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales.
e) La garantía de la tutela judicial efectiva y la protección judicial debe ser la norma orientadora en todas las decisiones del Poder Judicial.
f) Se debe promover un cambio en la cultura jurídica en donde el juez no se asuma como un burócrata pasivo sino como un activo defensor de la Constitución y los derechos humanos.
g) El Poder Judicial y el juez constitucional deben ser concebidos como un controlador del poder. Ponerse del lado de la sociedad y de los derechos y no de las instancias de autoridad, ya sean públicas o privadas. La justicia constitucional es el instrumento de control del gobernado fuera de los momentos electorales.
h) La legitimidad de la constitucionalidad se fundamenta en las transformaciones que su acción y los discursos que la acompañan provocan en la noción de la democracia.
i) Los tribunales deben proteger el sistema de derechos previsto en la Constitución y someter a examen los contenidos de las normas controvertidas en conexión, sobre todo, con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales del proceso democrático de producción de normas.
j) Debido a su falta de legitimidad democrática directa u originaria, el Poder Judicial debe ampliar la transparencia, deliberación y participación en sus decisiones, procedimientos y funcionamiento, más allá de lo que hace cualquier otro poder público u órgano del Estado.

CONCLUSIONES

1. El derecho como argumentación se apoya en un modelo de derecho dinámico, vivo; no centrado exclusivamente en reglas o principios jurídicos.
2. Existen conceptos y categorías vinculadas a la argumentación que son relevantes para entender este nuevo modelo o concepción del derecho. Esas categorías son tanto tradicionales como innovadoras. Sobre las tradicionales se procura hacer una relectura de los conceptos de interpretación y aplicación. Respecto a los innovadores, se desarrollan los elementos de indeterminación del derecho, su carácter abierto, contextual, vinculado a los principios y valores fundamentales de la Constitución.
3. La interpretación no se concibe como en el pasado: una simple actividad cognoscitiva centrada en desentrañar significados normativos. La interpretación contemporánea se caracteriza por su antipositividad; el papel de la precomprensión y del contexto para la atribución de significados del texto; el rol del caso y del ordenamiento, y, principalmente, la consideración de que el sujeto de la interpretación está situado en una perspectiva previa.
4. El círculo hermenéutico se establece entre el intérprete, las formulaciones normativas y los hechos, permite superar el formalismo lógico y/o teórico. No se puede interpretar el derecho sin haber asumido lo que es el derecho, esto es, para interpretar se requiere tomar conciencia de la articulación de las normas con su ordenamiento y con las circunstancias del caso.
5. Se puede entender a la interpretación a partir de tres significados diversos, cada uno de ellos con una carga ontológica, epistemológica y axiológica propia. La interpretación puede ser: una adscripción o detección de un significado en donde se entiende que la actividad interpretativa es cognoscitiva; como la decisión o propuesta

de un significado entre los diversos posibles —aquí cabría distinguir entre una fase cognoscitiva y otra volitiva— y como la creación de significados generando nuevas normas.

6. La interpretación literal está en decadencia, tanto por los problemas de traducción, equipolencia e indeterminación del lenguaje, como por los derivados de las concepciones interpretativas del derecho. Leer un texto implica estar situado en un contexto, como bien lo ha señalado Gadamer.
7. Interpretación y aplicación no son expresiones sinónimas a menos que entendamos la resolución de los casos como una operación mecánica. Técnicamente, la aplicación es la tarea que las autoridades realizan cuando individualizan una norma para el caso concreto. Toda aplicación del derecho exige una interpretación.
8. La aplicación está necesitada de razones y por tanto de justificación. Toda aplicación exige de la motivación para lograr el convencimiento de las partes. La argumentación es un instrumento también de la aplicación, tanto para determinar las razones que justifican la decisión como para lograr el convencimiento de los auditorios, ya sean los integrados por las partes o el conformado por la sociedad.
9. Toda aplicación tiene relación con cuestiones como el deber de resolver los casos y el deber de aplicar el derecho. Ambos temas nos confrontan con el dogma decimonónico de la integridad del derecho.
10. Una norma para que sea aplicada requiere de un análisis de aplicabilidad que consiste en determinar si se dan las condiciones previstas en el ordenamiento para la aplicación de la norma particular. Estas condiciones tienen que ver, por ejemplo, con la existencia de otras normas que regulen las competencias del órgano aplicador, con el procedimiento para su aplicación, y con las condiciones que resultan de los ámbitos espacial, temporal, personal y material de validez de las normas.
11. Se pueden tener al menos tres concepciones sobre la argumentación: la lógica-formal, la material y la pragmática o dialéctica. La formal define al argumento y a la argumentación como inferencia o encadenamiento de proposiciones; la corrección de las conclu-

siones no depende del contenido de verdad de las premisas, sino del cumplimiento de las reglas formales del silogismo. La argumentación retórica se encarga de descubrir y examinar las premisas desde su contenido; se trata de justificar las premisas mediante razones. La argumentación dialéctica entiende a la argumentación como interacción lingüística cuyo objeto es el logro de un consenso sobre condiciones de imparcialidad, libertad y simetría entre los participantes del diálogo argumentativo.

12. La argumentación es una superación de las teorías tradicionales de la interpretación. En las teorías de la argumentación importa cómo se motiva, cómo se descubren los argumentos, cuáles son sus tipos y cómo se puede evitar la manipulación de los instrumentos retóricos.
13. En las teorías contemporáneas de la argumentación se hace hincapié en la parte justificativa de la decisión. Se considera que es importante dar razones para sostener nuestras pretensiones, y las razones que debemos dar no sólo implican apelar a la autoridad y al procedimiento, entrañan apelar a su contenido para que mediante la ponderación sea posible escoger las razones más convincentes.
14. Si en la interpretación se debe sopesar alternativas de solución y decidirse por una; la argumentación es el elemento presente en la deliberación, en el juicio interpretativo y en la aplicación. El razonamiento jurídico no es un proceso mecánico. El discurso jurídico implica la obligación de razonar las decisiones en términos de derecho vigente vinculando el juicio particular al sentido de justicia del ordenamiento jurídico.
15. Las teorías de la argumentación entienden que el juez y la autoridad están vinculados al orden jurídico, pero éste es más complejo hoy en día, ya que no se integra sólo por reglas, sino por principios y procedimientos discursivos. La labor de los jueces es menos simple, pero no por ello se destruye la seguridad jurídica; la de ahora es una seguridad jurídica más exigente que obliga a un conocimiento más profundo de la realidad, del ordenamiento jurídico y de los valores que lo orientan.
16. El movimiento hacia la interpretación-argumentación y hermenéutica, se inició con sus actuales tintes con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y con el auge de los tribunales constituciona-

les. Éstos se vieron obligados a razonar sobre principios y valores constitucionales.

17. Existen muchas teorías de la argumentación. Las más actuales son las de Aarnio, Peczenick, Alexy, MacCormick y Manuel Atienza. Las tareas de estas teorías son: establecer las posibilidades de una racionalidad práctica diferenciada de la teórica; determinar mecanismos y criterios para el control racional de la interpretación; distinguir entre justificación interna y externa en la decisión; responder a la inquietud sobre si la respuesta judicial es descubierta o construida; señalar los elementos de objetividad o intersubjetividad de la dimensión axiológica de las resoluciones judiciales; profundizar en el tema de la legitimidad democrática y el carácter contramayoritario de la función judicial, y abundar sobre las razones explicativas y justificatorias en el razonamiento jurídico.
18. En nuestro tiempo no puede concebirse la noción de Estado de derecho sin la argumentación. Ya no es posible decir que Estado de derecho equivale a imperio de la ley y división de poderes. Es entender que sobre la ley está el derecho y que éste, como producto social y cultural, no sólo es un conjunto de reglas a las que se les añade una sanción, sino un compuesto cuya estructura implica desde luego reglas, pero también principios, valores, directrices, etcétera; y que además esos elementos entran en función mediante procedimientos discursivos y argumentativos. Esto es, derecho no es el conjunto de normas. El derecho es la puesta en escena y el entendimiento de esas normas en un contexto social y a través de la precomprensión y comprensión de los intérpretes. En suma, el derecho es sobre todo argumentación.
19. Se ha sostenido en este libro que el modelo de derecho del que se parta condiciona la manera de argumentar y de interpretar el derecho. También impactan los tipos de sociedad y cultura en donde ese derecho se desenvuelve, al igual que el tipo de régimen político en el que un ordenamiento jurídico se implante.
20. El neoconstitucionalismo es una corriente jurídica contemporánea que deja atrás el positivismo tradicional. Pone el acento en los derechos fundamentales; admite la existencia de principios jurídicos en el derecho, los que constituyen las normas de mayor densidad del sistema; acepta una relación débil entre derecho y moral; se

decanta por un juez contrario a la aplicación mecánica de las normas, y entiende que la seguridad jurídica basada exclusivamente en la subsunción y el silogismo ha llegado a su fin. Podría decirse que el neoconstitucionalismo abandona el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo.

21. El viejo positivismo era una teoría jurídica sin argumentación, y por ello los problemas de indeterminación de reglas se resolvían en la discrecionalidad judicial. En el neoconstitucionalismo, la vaguedad de los principios, la ausencia de una moral común y homogénea y la falta de una jerarquía definitiva entre los principios, le exigen al órgano jurisdiccional un esfuerzo argumentativo justificatorio que no puede desembocar en una simple discrecionalidad interpretativa como en el positivismo basado en reglas.
22. En el neoconstitucionalismo, la discrecionalidad judicial es controlada no con una herramienta falsa e inadecuada —la subsunción y el silogismo— sino con argumentos que significan un esfuerzo justificatorio mayor, como es el caso del principio de proporcionalidad.
23. La ciencia jurídica del neoconstitucionalismo toma en cuenta la posición del participante para explicar el funcionamiento del derecho. La teoría y la dogmática jurídicas no pueden dedicarse sólo a describir las normas jurídicas, la tesis de la descripción suele ser un enmascaramiento del papel manipulador del derecho.
24. El iusnaturalismo que hoy en día puede ser de alguna forma reivindicado es el deontológico. Éste sostiene que todo derecho tiene una aspiración ética y que existen principios morales, no sólo producto de la convención social sino derivados de una moral crítica, que deben desempañar una función de control y vigilancia del ordenamiento jurídico, de fundamentación de los derechos humanos y de puente entre la moral y el derecho.
25. Con las herramientas del iusnaturalismo deontológico, el ciudadano puede realizar crítica externa al sistema jurídico y hasta desobedecer normas jurídicas que no se ajusten a su concepción moral crítica.
26. El positivismo conceptual o metodológico rechaza la identificación entre derecho y moral, pero sí admite que hay principios mo-

rales y de justicia universalmente válidos y justificables racionalmente. El positivismo conceptual hace alusión a las propiedades descriptivas y no valorativas del derecho.

27. Del positivismo metodológico se pueden extraer tres consecuencias: que una norma y el sistema en su conjunto puedan ser injustos y no por ello dejar de ser jurídicos; que la moralidad o justicia de un estándar de comportamiento no es razón suficiente para considerarlo como parte del derecho, y que la definición del derecho no dice nada acerca de los motivos que pueden fundamentar una obligación moral de obediencia; si existe ese deber de obediencia será un problema de la teoría moral pero no de la teoría jurídica.
28. El positivismo metodológico, tal como fue diseñado por Kelsen o Hart, es una superación del viejo positivismo de la escuela de la exégesis. Ésta mantuvo en el terreno de la interpretación la sujeción mecánica del juez a las normas. El carácter del juez como reproductor automático de decisiones. Casi ninguna de las tesis del positivismo decimonónico hoy se considera de manera tajante. Ni la tesis de la separación absoluta entre derecho y moral ni la que pone el énfasis en la organización y regulación de la fuerza ni la que sostiene la estatalidad del derecho ante el evidente pluralismo jurídico de nuestros días ni la que determina que el carácter jurídico lo da la coerción ni la que piensa que el derecho es un sistema cerrado y seguro.
29. Se ha trastocado la interpretación en el actual positivismo o neoconstitucionalismo por la inclusión de los principios constitucionales, el peso de la argumentación retórica y de la argumentación dialógica comunicativa. Las normas constitucionales no tienen la estructura clásica de las reglas y, por tanto, no se prestan a la subsunción. No obstante, el neoconstitucionalismo no desemboca en un puro decisionismo arbitrario del juez, lo obliga a una justificación más racional de sus decisiones. Teorías como las de Viehweg, Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy, Aarnio y Peczenick ponen el énfasis en la justificación de las decisiones y brindan orientaciones para lograrla.
30. En el neoconstitucionalismo la interpretación de y desde la Constitución es tan importante que se sitúa en el núcleo mismo de la teoría jurídica y constitucional. A consecuencia de lo anterior, los

jueces constitucionales han adquirido un papel inusitado que para algunos desplaza al legislador democrático.

31. El realismo jurídico es sus orígenes implicó una manifestación de revuelta en contra del formalismo jurídico. Ésta no es una escuela de contenidos claros. Hoy en día, no tiene la importancia que tuvo a principios del siglo XX. El realismo, sobre todo el estadounidense, ha influido en las escuelas constructivistas estadounidenses y en los *Critical Legal Studies* respecto a la crítica sobre la indeterminación del derecho y en la investigación de su papel ideológico legitimador. El realismo escandinavo ha dejado sus huellas en la construcción de una ciencia empírica entendida como un sistema de proposiciones verificables empíricamente y el entendimiento de un concepto de validez basado en hechos demostrables.
32. Los realistas son escépticos frente a las normas debido a la indeterminación lingüística de éstas. En materia de interpretación, algunas de sus posiciones conducen al irracionalismo, como en el caso de Frank.
33. La teoría realista no se preocupó seriamente por elaborar una teoría de la argumentación. La interpretación jurídica es entendida preponderantemente como un acto de voluntad del juez. La interpretación del modelo realista condena la visión positivista-mecanicista que le confiere al juez el papel de autómata. Según Ross, el juez es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social y toma decisiones que siente como correctas de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural. El respeto a la ley no es absoluto. La ley no es una fórmula mágica, sino una manifestación de los ideales, actitudes, estándares o valoraciones de la tradición cultural. En todos los casos, estas actitudes participan activamente en el espíritu del juez como un factor que motiva su decisión. En la medida de lo posible, el juez comprende e interpreta la ley a la luz de su conciencia jurídica material.
34. Tanto Kelsen como Hart concibieron exclusivamente el sistema jurídico como un agregado de reglas, no incorporaron principios. Para Kelsen el juez crea derecho con su interpretación. La interpretación auténtica o de autoridad está totalmente vinculada a la estructura normativa y escalonada de la teoría de Kelsen, aunque

debe señalarse que la determinación que la norma inferior realiza de la norma superior nunca es completa.

35. En Kelsen, la indeterminación en el derecho más la visión de la interpretación como acto de política jurídica nos lleva de la mano al tema de la discrecionalidad judicial. Debido a lo anterior, para Kelsen no existe un método correcto de interpretación. La teoría kelseniana de la interpretación presenta grados de irracionalidad considerables, pero es fiel a su esquema teórico, a su concepto de norma jurídica y a su esquema de construcción escalonada del ordenamiento.
36. El sistema jurídico hartiano está constituido exclusivamente por reglas, tanto primarias como secundarias. Al igual que la teoría kelseniana, la hartiana concibe al derecho desde la óptica del legislador y no del juez. Hart desarrolló el tema de la indeterminación de las reglas. Esta indeterminación en el lenguaje del legislador tiene una doble causa: indeterminación semántica debido a que las orientaciones que las reglas generales pueden proporcionar para las situaciones particulares son necesariamente limitadas, y una indeterminación basada en la intencionalidad del legislador que entraña una forma de delegación de la creación normativa al juez.
37. Las indeterminaciones de las reglas inciden en la interpretación y aplicación del derecho. No es, por tanto, adecuado pensar en el juez hartiano como un mero aplicador de reglas. El juez tiene en esta teoría un margen de discrecionalidad pero no actúa en el vacío, dado que existe una serie de estándares jurídicos que operan como guías en el proceso de decisión judicial. Los estándares incluyen pautas de justicia, de moralidad, metas sociales, etcétera. Los estándares limitarán una amplia discrecionalidad del juez y ayudarán a ceñir sus decisiones a criterios más racionales.
38. Hart participó en la polémica entre las tesis del "noble sueño" y "la pesadilla". Las primeras ignoran el carácter indeterminado de las reglas y sostienen que la decisión judicial es derivada de un razonamiento mecánico; o afirman, como Dworkin, que aun en los casos difíciles, sólo existe una y sólo una decisión correcta. Las segundas, tal como el irracionalismo realista estadounidense, opinan que las decisiones judiciales son el producto del libre arbitrio judicial, de la voluntad del juez, de sus emociones, etcétera, y que

por tanto, el órgano jurisdiccional no está sometido a reglas, sino que ellos son los verdaderos creadores del derecho. Ambas tesis son equivocadas para Hart. Ni el juez es un autómata ni puede abandonarse a una discrecionalidad sin límites.

39. Dworkin nos propone un sistema jurídico integrado por reglas, principios y directrices. Su concepción del derecho es interpretativa porque entiende el derecho —a diferencia de Kelsen y Hart— desde el lugar asignado al juez en la resolución de los casos.
40. La concepción dworkiana critica las "teorías semánticas". Éstas son aquellas según las cuales el significado de la palabra derecho viene dado por ciertas reglas de uso (semántica) aceptadas por la comunidad lingüística, de modo que los juristas seguirán principios lingüísticos para juzgar las proposiciones acerca del derecho. Bajo el rótulo de teorías semánticas se pueden encontrar teorías muy diversas, que se distinguirán entre sí atendiendo a la determinación de cuáles son los criterios que establecen la verdad o falsedad de las proposiciones sobre el derecho. Las primeras son teorías que se encuadran dentro del positivismo jurídico, pero también Dworkin considera teorías semánticas al iusnaturalismo y al realismo.
41. Las teorías semánticas están afectadas por el "aguijón semántico", es decir, se estima que la calificación de algo como derecho presupone necesariamente que se hayan respetado las reglas aceptadas por la comunidad que determinan el significado de derecho. La exigencia de respetar los acuerdos semánticos impide resolver los desacuerdos teóricos. La única manera de extraer el "aguijón semántico" y ofrecer una explicación satisfactoria a los desacuerdos teóricos es optar por una teoría que considere al derecho como un concepto interpretativo.
42. En la posición de Dworkin, toda interpretación debe ser la manifestación de un propósito, debe proponer una manera de ver el objeto interpretado como si se tratara del producto de la decisión de buscar un conjunto de temas, visiones o propósitos, es decir, un sentido, y esto es así incluso cuando no exista un autor histórico del que pueda predicarse dicho propósito. El intérprete de una práctica social deberá proponer un valor para dicha práctica, de manera que su interpretación describa un esquema de intereses,

objetivos o principios de las que la práctica pueda ser expresión. Cuando la práctica admita más de una interpretación, la elección de cada intérprete debe reflejar su opinión sobre qué interpretación propone el mejor valor para la práctica, lo que para Dworkin supone establecer la muestra mejor, tomando todo en cuenta.

43. El fenómeno jurídico se analiza a partir de tres etapas interpretativas. La primera etapa es la preinterpretativa, donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido de la práctica interpretativa. La segunda es la etapa interpretativa, en la que el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa; se trata de averiguar el sentido de la práctica social, el que viene configurado por los principios que permitan entender la práctica como un todo que sirve a bienes jurídicos o valores. En la tercera etapa, la pos-interpretativa, se ajustan los sentidos en pugna de la etapa anterior, sobre qué necesita en realidad la práctica para adecuarse mejor a la justificación que se acepta en la etapa interpretativa; se elige una de entre las distintas teorías interpretativas, la solución escogida debe ser la mejor, esto es, aquella que se base en los valores que puedan mostrar a la práctica en cuestión como el "mejor ejemplo posible" del género al que pertenece.
44. En la etapa pos-interpretativa es donde las cualidades del juez Hércules se despliegan en aras de solucionar el caso con la única respuesta correcta.
45. Dworkin no genera una teoría consistente de la argumentación jurídica, pues reconoce las dificultades para alcanzar la solución correcta. Acepta la existencia de una moral objetiva como base para la solución de los casos difíciles, sin embargo admite las dificultades para conocer esa moral objetiva.
46. Alexy impulsa una teoría del discurso práctico general que después aplica al campo jurídico. Las principales reglas del procedimiento discursivo de Alexy descansan en las condiciones de imparcialidad, libertad y simetría de los participantes. Estas reglas se apoyan en cuatro pretensiones de validez en el discurso moral para el consenso o el acuerdo: la pretensión de elaborar enunciados inteligibles; la pretensión de comunicar contenidos proposicionales verdaderos para que el oyente pueda compartir el saber del hablan-

te; la pretensión del hablante de manifestar sus intenciones verazmente para que el oyente pueda creer en sus emisiones, y que el hablante elija una emisión correcta en relación con las normas y valores vigentes para que el oyente pueda aceptar su emisión de modo que puedan en principio coincidir entre sí.

47. Las bases, reglas y procedimientos de la teoría de Alexy para la argumentación práctica tienen por propósito establecer que un enunciado normativo es correcto, si y sólo si, puede ser el resultado de un procedimiento que observe las reglas de imparcialidad, simetría y libertad. Por eso el procedimiento moral requiere reglas cuyo cumplimiento garantice que el resultado sea racional, aunque no necesariamente correcto.
48. El procedimiento de argumentación práctica o moral presenta dos insuficiencias: no resuelve plenamente el problema del conocimiento ni el problema del cumplimiento. Entre los problemas de conocimiento del discurso moral se menciona que algunas reglas sólo pueden cumplirse de manera aproximada, no todos los pasos de la argumentación están determinados y todo discurso empieza a partir de las convicciones normativas de los participantes, los que están condicionados cultural y psicológicamente. Respecto del problema del cumplimiento se dice que saber lo correcto no significaba necesariamente estar dispuesto a actuar en ese sentido.
49. La argumentación jurídica como caso especial de la argumentación moral resuelve, aunque no totalmente, los dos problemas. El cierre de la laguna de racionalidad de la argumentación moral se pretende atender con el carácter institucionalizado y coactivo del derecho. Su carácter institucionalizado obliga a conocer y su naturaleza coactiva a obedecer el resultado.
50. En materia de argumentación jurídica se distinguen dos aspectos en la justificación de las decisiones: la justificación interna y la justificación externa, de manera que para Alexy existen dos tipos de reglas y formas del discurso jurídico. La justificación interna equivale al uso del silogismo en los casos fáciles. La justificación externa se refiere a la justificación de las premisas y se distinguen seis tipos de reglas y formas según se refieran: a la interpretación, a la argumentación dogmática, al uso de los precedentes, a la argu-

mentación empírica o a las formas especiales de los argumentos jurídicos.

51. Alexy distingue seis tipos de argumentos interpretativos: semánticos, genéticos, teleológicos, históricos, comparados y sistemáticos. Según este autor, tienen prevalencia los argumentos semánticos y genéticos sobre los demás.
52. Los argumentos dogmáticos en la teoría de Alexy son muy importantes, ya que tienen por propósito otorgar coherencia interpretativa y que la discusión sobre normas se dé dentro de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente.
53. Alexy señala que las reglas del discurso jurídico no garantizan que se pueda llegar a una única respuesta correcta. Ello se debe a que los participantes en el discurso acuden a él con convicciones previas y muchas de las reglas del discurso no necesariamente pueden ser satisfechas.
54. La teoría discursiva de Alexy no admite una teoría fuerte de los principios. Sólo una teoría débil es admisible. Esta teoría débil de los principios favorece entender la colisión entre ellos a través de la ponderación.
55. En la teoría de la argumentación de Alexy se unen dos modelos de sistema jurídico. El sistema jurídico como sistema de procedimientos y reglas del discurso, y el sistema jurídico como agregado de normas. El primero representa el lado activo del derecho y el segundo el lado pasivo. Este modelo compuesto no permite alcanzar siempre una única respuesta correcta para cada caso, pero es el que conduce a un mayor grado de racionalidad.
56. El modelo garantista de Ferrajoli se basa en una concepción del derecho y del Estado que reduce el papel punitivo y coactivo del sistema jurídico y maximiza los alcances de los derechos humanos. El garantismo es también una teoría jurídica de la validez del derecho. Las normas para que sean válidas exigen ante todo el respeto irrestricto a las normas fundamentales del sistema constitucional. La doctrina de la validez opera como teoría de la deslegitimación interna del derecho, que reclama de los jueces y de los ciudadanos una constante tensión crítica hacia las leyes vigentes que siempre deben ser vistas a la luz de su validez. La autoridad y el juez no

pueden ser pasivos y neutrales frente a las normas vigentes. Son los encargados de cuestionar internamente el derecho secundario a fin de que éste se aproxime en la mayor medida posible a las normas constitucionales cuyo cumplimiento ensanchará el ámbito de la libertad individual.

57. El garantismo es igualmente una filosofía política que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye la finalidad de ambos. Presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre ser y deber ser del derecho. Equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del Estado. La justificación externa no admite fundamentaciones absolutas o totales, *a priori* e incondicionadas, sino parciales, *a posteriori* y condicionadas al respeto de los derechos humanos.
58. La democracia en Ferrajoli comprende dos tipos de reglas. Las primeras son reglas sobre quién puede y sobre cómo se debe decidir, esto es, las clásicas reglas del sistema electoral que permiten la competencia en una igualdad aproximada entre las distintas fuerzas políticas. Las segundas son las reglas sobre qué se debe y no se debe decidir, reglas que definen el carácter del derecho o del sistema jurídico en función de la garantía de los derechos fundamentales.
59. El problema de la interpretación en Ferrajoli es un asunto secundario. Ferrajoli señala que cuanto más se expanden en un ordenamiento los derechos y las garantías con la incorporación de deberes públicos, tanto mayor puede ser la divergencia entre deber ser y ser del derecho. Existe una latente y estructural ilegitimidad jurídica del Estado y del derecho debido a la ambición de las promesas formuladas en sus niveles normativos superiores y no mantenidas en sus niveles inferiores. Por eso, frente al problema de la inefectividad e ilegitimidad en el Estado de derecho puede haber dos soluciones interpretativas: una de carácter restrictivo que consiste en limitar los contenidos de las normas del nivel superior para hacerlas compatibles con las del nivel inferior, o peor, promover reformas a la Constitución formal para adecuarla a la Constitución

material; la otra es una interpretación progresiva, que ve crecer las incoherencias en el ordenamiento secundario pero que tiende a maximizar los valores constitucionales mediante reformulaciones normativas a partir de la Constitución en términos más ricos y vinculantes.

60. Ferrajoli rechaza una ciencia jurídica neutra y avalorativa. El garantismo cuestiona estos dos dogmas del positivismo jurídico tradicional. Se señala, por ejemplo, que cuando las leyes vigentes son sospechosas de invalidez no existe obligación de aplicarlas. La ciencia jurídica es crítica con el derecho vigente en aras de que éste se orienta a la maximización de los derechos fundamentales.
61. Dworkin, que revisó la posición de Hart, precisó que el derecho no puede verse como un conjunto de reglas sino también de principios. Los principios se dividen en directrices que fijan objetivos de carácter económico, social o político, y principios que son exigencias de tipo moral que establecen derechos. Los principios, a diferencia de las reglas, no se aplican todo o nada, tienen una dimensión de peso o ponderación. Además los principios forman parte del sistema jurídico por razón de su contenido y no por razón de su origen.
62. Las normas jurídicas no son de la misma naturaleza: no todas son prescriptivas, no todas son deónticas ni todas son reglas, no todas expresan normas, no todas tienen que ver con la acción y algunas tienen un contenido evidentemente valorativo. Esto sin descontar la discusión sobre si la norma que funda todo el sistema jurídico es o no una auténtica norma, si es jurídica o metajurídica y si debe ser obedecida, o bien preguntarnos cuáles son las razones para obedecerla.
63. La distinción entre reglas y principios se ha intentado aclarar a partir de cinco variables distintas: *a)* las disposiciones que expresan principios son formuladas en un lenguaje extremadamente fluido, vago, indeterminado; *b)* los principios son más generales y más que dirigirse a los comportamientos se dirigen a las actitudes; *c)* los principios no tienen la estructura lógica de las reglas, son normas categóricas que están privadas de un ámbito específico de aplicación; *d)* los principios son normas fundamentales que dan identidad material al ordenamiento en su conjunto, y *e)* los princi-

pios no admiten la interpretación literal, tienen un carácter orientador respecto a las reglas y no es posible su aplicación por subsunción. Los conflictos entre principios se resuelven a través de la ponderación.

64. El contenido normativo de los principios se caracteriza por los siguientes elementos: son normas teleológicas, no prescriben un comportamiento preciso sino que encomiendan la obtención de un fin que puede ser logrado usando más de un medio; muchos son metanormas o normas de segundo grado que se dirigen a los jueces y funcionarios para la aplicación de reglas, y los principios poseen una formulación categórica.
65. Los principios suelen clasificarse en los siguientes tipos: principios fundamentales del ordenamiento, principios de un sector de la disciplina jurídica, principios fundamentales de una materia determinada y principios sin ulteriores especificaciones.
66. Los conflictos entre principios no se resuelven mediante los criterios clásicos de solución de antinomias, sino mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. La proporcionalidad presenta las siguientes características *grosso modo*: implica siempre una antinomia parcial-parcial; se establece una jerarquía axiológica, y el juez no valora los dos principios en abstracto, sino que toma en cuenta el impacto de su aplicación al caso concreto. La jerarquía establecida entre los principios en conflicto es una jerarquía móvil, mutable, dependiendo de los casos concretos.
67. A los principios se les suele criticar por su carácter vago e indeterminado y por la afectación a la seguridad jurídica que conllevan. Sin embargo, la crítica más fuerte a los principios no es tanto por su vaguedad o por la multiplicidad de tipologías que existen. La crítica más fuerte tiene que ver con la conexión que provocan entre el derecho y la moral y por su impacto en la producción, interpretación y aplicación del derecho.
68. La conexión entre derecho y moral debe entenderse como una pretensión de corrección de la moral al derecho, nunca como una liga fuerte que conecta al derecho con una moral ideal. En otras palabras, la moral debe servir para permitir el enjuiciamiento ético externo al derecho.

69. Todo orden jurídico contiene principios explícitos e implícitos. En cuanto a los principios extrasistémicos hay que actuar con cautela, ya que éstos no encuentran respaldo o cobertura en concretas disposiciones normativas. Son principios producto de la pura creación interpretativa que tienen su origen en doctrinas morales o políticas que se supone subyacen al orden jurídico: la doctrina de la naturaleza de la cosa, la Constitución material, etcétera.
70. Los principios tienen distintos usos en la producción, en la interpretación y en la integración del derecho. Además de las anteriores funciones tradicionales, los principios tienen importancia en el argumento universalizador y en el argumento consecuencialista. En el argumento universalizador porque a falta de disposición expresa, el intérprete se obliga a explicar o motivar en todos sus extremos la premisa base de su razonamiento para que pueda ser utilizada en otros casos similares. En el argumento consecuencialista, el intérprete decide sobre el caso difícil apoyándose en un principio que tome en cuenta las consecuencias del fallo, no referidas exclusivamente a finalidades de utilidad sino vinculadas con valores como el bien común o la justicia.
71. Se dice que los principios han transformado a la interpretación porque las normas constitucionales son prevalentemente principios. La argumentación por principios abandona la subsunción y la aplicación mecánica. Exige la sustitución de la interpretación literal, exige el abandono del silogismo judicial formal y se aproxima a la retórica, la ponderación y la razonabilidad. El derecho es algo más que la ley, y su intérprete más que conocer las reglas debe aprehender el *ethos* del ordenamiento y del sistema jurídico en su relación con el contexto social, político y económico.
72. También los principios modifican el anterior contenido sistemático del derecho. Se trata de una sistematicidad no reducible al código, sino una sistematicidad que toma en cuenta todo el bloque de la juridicidad.
73. Los principios no ponen fin a la seguridad jurídica sino que la aseguran de manera más realista y profunda. Se busca, hasta donde sea posible, una certeza que sea producto no de una mera operación mecánica deductiva, sino el resultado de un proceso más complejo que asume reglas de racionalidad práctica, por ejemplo,

universalidad o abstracción o presuponiendo un "auditorio universal" de personas inteligentes, responsables y desinteresadas que permita justificar las decisiones no sólo en relación al ordenamiento, sino en relación a los hechos o las consecuencias finalistas de las decisiones.

74. La presencia de los principios hace que el derecho tenga una clara textura abierta. Los principios no son cerrados, sino indeterminados, necesitados de significados que no están definidos *a priori*, que sólo se pueden precisar a la luz de las exigencias del caso particular. La concreción de significados llega al momento de la aplicación del principio de proporcionalidad. La Constitución demanda ponderar porque sólo así es posible conservar valores heterogéneos propios de una sociedad plural. Los principios están abiertos a los contextos económicos, sociales o políticos. Las normas llamadas principios están necesariamente conectadas con su contexto de una forma que no lo están las reglas. Es aquí donde reside el temor de muchos a que los principios se conviertan en una puerta abierta al activismo judicial.
75. Con los principios aparece el modelo argumentativo del derecho. Éste supera los tradicionales modelos formalistas, realistas y iusnaturalistas. El modelo argumentativo del derecho toma en cuenta los aspectos dinámicos del derecho: los principios han venido a modificar los cimientos de la tradicional teoría del derecho que ve a la disciplina como un conjunto de normas o como un ordenamiento, descuidando la vida misma del derecho, su puesta en operación en los tribunales o en las instancias administrativas.
76. El modelo argumentativo brinda herramientas útiles, no sólo para perfeccionar la sagacidad del litigante o del juez, sino para cumplir los fines del derecho. Además, epistemológicamente, por abordar el objeto de conocimiento de una forma más compleja resulta indudablemente superior.
77. Los conflictos entre principios se resuelven acudiendo a métodos diferentes que los usados para solucionar conflictos de reglas. Las razones son las siguientes: los principios ordenan observar una conducta en la mayor medida posible; un principio no puede invalidar al otro, y en la solución de la colisión se busca la concordancia de principios en el ordenamiento.

78. Existen distintas vías de solución de conflictos entre principios: el uso del principio del contenido esencial, la jerarquización *a priori* entre principios, la razonabilidad, el uso de las diversas teorías de los derechos fundamentales (las liberales, las democráticas o las centradas en los derechos sociales), las teorías del contenido reducido de los derechos y el principio de proporcionalidad.
79. El principio de proporcionalidad es la vía privilegiada de solución de conflictos entre principios y la más usada por los tribunales constitucionales. Sin embargo, rivaliza con las teorías del contenido esencial y las teorías del contenido reducido de los derechos.
80. Las teorías del contenido esencial proponen desentrañar un núcleo básico en cada derecho fundamental que impida al legislador y al juez afectarlo. Sólo se acepta la regulación de la periferia del derecho fundamental. Estas teorías se han criticado por dos razones: es incorrecto sostener que el contenido esencial preexiste a la construcción del intérprete, y no hay ningún mecanismo racional para controlar el cambio histórico de los contenidos esenciales de los derechos, que siempre estarán a merced de los intérpretes de la Constitución.
81. En cuanto a las teorías del contenido reducido de los derechos debe decirse que no es plausible sostener que todas las normas y posiciones que pueden ser adscritas a un derecho fundamental tengan una validez definitiva, pues el contenido básico del derecho no puede ser fijado de antemano sin tomar en cuenta las circunstancias del caso y las relaciones con el resto de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos implicados. De ahí la insuficiencia de los planteamientos de Müller, De Otto y Habermas.
82. El principio de proporcionalidad está compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Con el subprincipio de idoneidad se determina si la intervención en los derechos fundamentales es adecuada o no para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. El subprincipio de necesidad sirve para analizar si la medida de intervención en los derechos fundamentales es la más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. El principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación sostie-

ne que la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.

83. En nuestro tiempo no es aceptable acudir al expediente que jerarquiza principios *a priori* y de manera absoluta. De darse, significaría entronizar ciertos derechos sobre otros y romper con el carácter abierto y tolerante de las sociedades contemporáneas.
84. El principio de proporcionalidad es superior a otras vías o métodos porque se hace cargo del carácter pluralista, abierto y democrático de la sociedad, admite el carácter conflictivo y heterogéneo del componente social. Parte de la idea de que no hay derechos absolutos que puedan jerarquizarse *a priori*. A los críticos del principio de proporcionalidad debe precisárseles que este principio no brinda certezas absolutas pero sí una racionalidad aceptable y plausible. Con la proporcionalidad es posible establecer resultados o decisiones de manera racional que no conducen a la única respuesta correcta pero sí a determinaciones justificables.
85. Conocer por qué el Poder Judicial y en particular el juez constitucional tienen legitimidad democrática no es asunto fácil. Por qué once individuos pueden invalidar leyes aprobadas por la mayoría o por sus representantes electos democráticamente cuando ellos no fueron parte de un procedimiento electivo directo por parte de los ciudadanos, es una cuestión que genera respuestas diversas en la teoría constitucional y en la ciencia política.
86. Ya desde *El Federalista* encontramos textos que procuran hacer la justificación. Hamilton desarrolla un argumento de legitimidad que consiste en señalar que la independencia judicial era necesaria para proteger la Constitución y los derechos individuales de los malos humores de las legislaturas.
87. En la sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803, la Suprema Corte de los Estados Unidos expresó la doctrina de la supremacía constitucional e indicó que la legitimidad del juez reside en el propio texto constitucional, pues es éste el documento que de manera cualificada refleja la voluntad soberana del pueblo. Es decir, el primer acercamiento al problema se intentó resolver con un argumento jurídico formal: la Constitución manifiesta en mayor medida que la

ley al pueblo, y los jueces por su independencia son los guardianes naturales de esa soberanía.

88. Los originalistas en los Estados Unidos están en contra de los amplios poderes interpretativos de la Suprema Corte. Aducen que sólo la interpretación que se plantea desde el punto de vista del momento originario constituyente debe entenderse legítimo. Por ejemplo, para Bork, allí donde los padres fundadores de la nación estadounidense no se plantearon una situación fáctica concreta no puede razonarse una sentencia conforme a principios generales y neutrales, en consecuencia, las decisiones deberían ser tomadas por el legislador democráticamente elegido. La sustitución del criterio de la mayoría sin el apoyo que ofrece el texto de la Constitución o la visión que del mismo tuvieron sus autores constituye un acto voluntarista y subjetivo del juez que como tal usurpa el poder al pueblo y a sus representantes, que sólo están limitados por la Constitución.
89. El originalismo demanda una restricción a la interpretación constitucional para evitar la fuerte discrecionalidad del juez estadounidense, pero también para enfrentar la crítica por su ilegitimidad democrática cuando desborda los criterios del texto constitucional. Como bien lo ha demostrado Dworkin, el originalismo presenta muchos flancos débiles: quién es el constituyente; cuáles fueron sus intenciones; de quién hablamos, de los constituyentes más relevantes o de quienes redactaron cada artículo constitucional; cómo atender el papel de los grupos de interés que influyeron en el constituyente; cómo enfrentar los prejuicios o intereses de los constituyentes, etcétera.
90. La polémica Kelsen-Schmitt refleja una discusión en torno a la legitimidad del juez constitucional. En Schmitt los tribunales constitucionales no son representantes ni se identifican con el pueblo, no cuentan con la confianza política democrática de la sociedad. Para Kelsen, el Tribunal Constitucional tiene legitimidad porque desempeña una labor de control independiente del gobierno y del Parlamento; sin embargo, sus poderes de interpretación son limitados. Kelsen reclama un Tribunal Constitucional ceñido, que no pueda interpretar cláusulas y principios abstractos.

91. La posición de Kelsen es hija de su concepción de derecho basada exclusivamente en reglas y no en principios. El Tribunal Constitucional sí es legítimo y sus decisiones, como las de cualquier tribunal, son de política jurídica, pero no puede ir más allá de los contornos que establece la Constitución. Es una visión de la Constitución como norma de detalle.
92. Bruce Ackerman defiende la legitimidad democrática del juez constitucional proponiendo una teoría dualista. Por un lado están las decisiones constitucionales, y por otro las decisiones legislativas de todos los días. La Constitución expresa la más alta soberanía que no tiene la ley secundaria. En consecuencia, es justificable la existencia de un órgano judicial que pueda defender esa expresión alta y cualificada de la soberanía popular. Los derechos fundamentales, según Ackerman, no son cartas de triunfo, son la manifestación de una soberanía cualificada que no significa necesariamente que pueda ponerse siempre antes y por delante de los procedimientos democráticos.
93. Ely manifiesta que el principio democrático exige que la mayoría parlamentaria tenga la última palabra en materia de derechos y que el juez constitucional no tiene la competencia de invalidar leyes aprobadas por el Parlamento, salvo en el caso que la mayoría parlamentaria haya atentado contra los derechos que dan acceso al proceso político, tales como la libertad de expresión, manifestación, y los que tienen que ver con la protección de las minorías o de los sectores más desaventajados de la sociedad.
94. La posición de Ely establece que la Constitución es un documento dirigido, fundamentalmente, a la definición de cuestiones procedimentales, lo que no significa que deje de ocuparse de los asuntos sustantivos, pero éstos deben quedar sujetos a las decisiones democráticas mayoritarias a fin de que a nadie se discrimine en la aplicación de los valores colectivos definidos por el proceso democrático. El juez constitucional debe velar porque el proceso político se desarrolle de acuerdo con este ideal representativo.
95. Carlos Nino reclama, para que el juez constitucional sea legítimo, la realización de tres tareas: *a)* evitar que el Poder Judicial sea diferente a otros poderes o sectores sociales poderosos; *b)* que el Poder Judicial haga una interpretación constitucional basada en la au-

tonomía personal y que rechace normas perfeccionistas, y *c)* que la interpretación constitucional posibilite las condiciones de un proceso democrático que genere situaciones de deliberación y participación social en la adopción de decisiones con pleno respeto a los derechos fundamentales. La interpretación constitucional debe maximizar los procedimientos políticos para que éstos se den en circunstancias de debate social, apertura y representación de todos los sectores sociales, incluso de los minoritarios o de los desaventajados.

96. Gargarella reivindica tres cambios institucionales a fin de que el Poder Judicial gane en legitimidad democrática: la introducción del reenvío al legislador para quitarle al Poder Judicial "la última palabra" en cuestiones vinculadas con la Constitución; un cambio en la vinculación entre las minorías sociales y el Poder Judicial a través de mecanismos procesales que faciliten el acceso a la justicia y la discusión judicial de temas relevantes; y una reforma política que promueva un modelo democrático más representativo, deliberativo, transparente y orientado a la sociedad.
97. Víctor Ferreres apuesta por un juez constitucional que promueva una cultura de deliberación pública con ciertas cautelas como la del mantenimiento de la presunción de constitucionalidad de la ley. Según Ferreres, el juez debe actuar con deferencia al legislador. Para Ferreres, no obstante, la presunción de constitucionalidad de la ley debe ser moderada.
98. Entre las lecturas habituales que justifican la legitimidad democrática del juez encontramos: las que señalan que la legitimidad depende del nivel y calidad de las decisiones, lo que nos remite al tema de la argumentación jurídica; las que hacen hincapié en las garantías orgánicas de independencia e imparcialidad del juez; las que ponen el acento en la maximización de las garantías procesales de las partes; las que aluden a nuevos diseños institucionales en el Poder Judicial; las que reivindican modificaciones procesales para incorporar la tutela de intereses colectivos, difusos, minoritarios, etcétera. Todas estas lecturas son valiosas y están obviamente vinculadas con la legitimidad democrática del Poder Judicial.
99. Dominique Rousseau propone como defensa a la legitimidad democrática del Poder Judicial y de los tribunales constitucionales,

el que éstos sean las instituciones por antonomasia del control del poder. Para ella, a través del análisis de la constitucionalidad de las leyes y actos se amplían los espacios de participación popular y se fortalece el control de la acción de los gobernantes fuera de los momentos electorales. La justicia constitucional será democrática si se constituye en la garantía y salvaguarda de la libertad individual y de los derechos fundamentales. La interpretación de los textos no es nunca libre, está determinada por múltiples factores, entre ellos el peso de la doctrina y de la opinión pública. La legitimidad democrática de la justicia constitucional se fundamenta en las transformaciones que su acción y los discursos que la acompañan provocan en la noción de democracia.

100. Troper explica cómo la justicia constitucional ha trastocado la noción de democracia. La democracia no es ya el gobierno del pueblo por el propio pueblo, sino el gobierno de una voluntad general formada en parte bajo la influencia que el pueblo ejerce a través de sus representantes y, por otra, por obra de los jueces.

101. La interpretación en la obra de Troper no tiene la pretensión de conocer la voluntad; la interpretación es un acto de voluntad ceñida por un contexto. La retórica es el arma estratégica del intérprete que se desenvuelve dentro del contexto. Troper no abre la interpretación al debate público como Dominique Rousseau o Habermas.

102. Habermas señala que la discusión sobre la legitimidad democrática del juez constitucional presenta tres vertientes: la primera implica la distribución de competencias entre el legislador democrático y la administración de justicia; la segunda entraña un debate sobre la autodeterminación del derecho pero centrándose en la "teoría de los valores", y la tercera insiste en proteger el procedimiento democrático de la producción del derecho. Sobre el primer aspecto, Habermas no encuentra una limitación o afectación a la división de poderes, pues los tribunales constitucionales sólo actúan en el sentido de unificar y coherentizar el derecho; sólo puede encontrarse un problema cuando el Tribunal Constitucional ejerce la función de legislador negativo. En la segunda vertiente, Habermas se opone a la jurisprudencia de valores del Tribunal Constitucional; para él, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formados conforme al modelo de normas obligatorias de ac-

ción y no conforme al modelo de bienes apetecibles, además la jurisprudencia de valores rompe con la posibilidad de la coherencia interpretativa y la racionalidad normativa; el juez constitucional no puede disponer de razones específicas y propias de suerte que sirvan a una interpretación, desarrollo y configuración del sistema de los derechos dependiente directamente del Tribunal Constitucional y, por tanto, a una actividad legislativa implícita. En cuanto a la tercera vertiente, Habermas desconfía del activismo de los tribunales constitucionales, reclama que sean situados dentro del marco de la división de poderes y en el adecuado reparto de trabajo con el legislador democrático.

103. La legitimidad democrática del Poder Judicial entraña, sobre todo, una nueva relación entre este poder y la sociedad. A nuestro juicio, esa nueva relación sólo puede darse si se modifican los criterios de legitimación procesal y de interés jurídico; si la jurisdicción sirve a los ciudadanos; si la jurisdicción incorpora a sectores marginados; si se introducen nuevas instituciones procesales para garantizar la tutela de los derechos sociales y culturales; si la garantía de tutela judicial es la norma orientadora en todas las decisiones del Poder Judicial; si el juez se asume como un defensor de la Constitución y del ordenamiento; si el Poder Judicial se entiende como instancia de control del poder público y privado; si se realiza una interpretación garantista de los derechos fundamentales; si se transparenta el Poder Judicial, y si la jurisprudencia constitucional abre los canales participativos y deliberativos de la sociedad y del poder.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis, "Las reglas en serio", *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.

ACKERMAN, Bruce, *We the People. Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991.

———, *We the People. Transformations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1998.

——— y ROSENKRANTZ, Carlos, "Tres concepciones de la democracia constitucional", *Cuadernos y Debates*, Madrid, núm. 29, 1991.

AGUILA, Rafael del, *La senda del mal, política y razón de Estado*, Madrid, Taurus, 2000.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993.

———, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.

———, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 66, septiembre de 2002.

———, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica ", *Doxa*, núm. 5, 1988.

———, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

———, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

———, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

ATIENZA, Manuel, "El derecho como argumentación", *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid, núm. 21, noviembre de 1999.

———, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2002.

———, "Estado de derecho, argumentación e interpretación", *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2001.

———, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

——— y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

BAUMAN, Zygmunt, "Exclusión social y multiculturalismo", *Claves de razón práctica*, noviembre de 2003.

BELTRÁN, Miguel, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1989.

BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, 1988.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica analógica y del umbral*, Salamanca, San Esteban, 2003.

BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962.

BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1992.

BÖKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.

———, "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.

BOLAÑOS, Bernardo, "Michel Tropel y el realismo jurídico francés", *Ensayo de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2004.

BONORINO, Pablo Raúl, *El imperio de la interpretación. Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Madrid, Dykinson, 2003.

BORK, Robert, "The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution", *Washington University Law Quarterly*, vol. 1979, núm. 3, verano.

———, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, Nueva York, The Free Press, 1990.

BOVERO, Michelangelo, "Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2002.

CALSAMIGLIA, A., "Ensayo sobre Dworkin", en DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford-Nueva York, Clarendon Press, 1989.

CARBONELL, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Lecciones de los asuntos Pemex y Amigos de Fox*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

———, "Remover los dogmas", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 6, enero-junio de 2002.

———, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

COLEMAN, J. L. y LEITER, B., "Legal Positivism", en PATTERSON, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 1996.

COMANDUCCI, Paolo, "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003.

DÍAZ, Elías, "Estado de derecho: exigencias internas, dimensiones sociales", *Revista Sistema*, Madrid, núm. 125, marzo de 1995.

———, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 8a. ed., Madrid, Taurus, 1981.

DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1985.

———, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.

———, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

ECO, Umberto, *Interpretación y sobreinterpretación*, trad. española, Cambridge University Press, 1997.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 2000, t. I.

ELY, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980.

ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Ernesto Garzón, Madrid, Guadarrama, 1967.

ESQUIVEL PÉREZ, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, UNAM, 1980.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *El voto particular*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

———, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, IVAP, 1987.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, "El iusnaturalismo", en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J., *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

———, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1989.

———, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004.

———, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

———, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.

FERRARIS, Maurizio, *Historia de la hermenéutica*, México, Siglo XXI, 2002.

———, *La hermenéutica*, México, Taurus, primera reimp., 2001.

FERRERES, Víctor, "Justicia constitucional y democracia", en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, UNAM-Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.

FRANK, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, México, Fontamara, 1991.

FROSINI, Vittorio, *La letra y el espíritu de la ley*, Barcelona, Ariel, 1995.

GADAMER, Hans-Georg, "Hermenéutica", *Verdad y método*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1994, t. II.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Retórica, argumentación y derecho", *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid, núm. 21, noviembre de 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, Fontamara, 1993.

GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Optimismo y pesimismo en la democracia", *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 131, abril de 2003.

GASCÓN, Mariana, "La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias", en BETEGÓN, J. *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

GAVAZZI, G., *Delle antinomie*, Turín, Giappichelli, 1959.

GIANFORMAGGIO, Letizia, "Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio", *Doxa*, núm. 4, 1987.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2003.

GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.

———, "Due note di teoria del diritto", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. X, núm. 2, 1980.

———, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, UNAM, 1999.

———, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003.

HÄBERLE, Peter, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996.

HABERMAS, Jürgen, "Citizenship and National Identity", en BART VAN STEENBERGEN (ed.), *The Condition of Citizenship*, Londres, Sage Publications, 1994.

———, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.

———, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Cátedra, 1994.

HAMILTON, A. *et al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

HART, H. L. A., "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983.

———, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, México, Editora Nacional, 1980.

———, *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. y estudio preliminar de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

HAYEK, Friedrich, *The Road to Serfdom*, Londres, 1944.

HELLER, Agnes, *La teoría de las necesidades en Marx*, Barcelona, Península, 1986.

HERGET, J. E., *Contemporary German Legal Philosophy*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1996.

HERRERA FLORES, Joaquín, *Los derechos humanos desde la escuela de Budapest*, Madrid, Tecnos, 1989.

HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HIERRO, Liborio, *Estado de derecho. Problemas actuales*, México, Fontamara, 2001.

———, "Realismo jurídico", en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, "Democracia con jueces", *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 128, diciembre de 2002.

———, *El Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1986.

———, "La corrupción en el banquillo", *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 40, marzo de 1994.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

KELSEN, Hans, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, México, Fontamara, 1991.

———, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)", *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988.

———, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, México, Fontamara, 1992.

———, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 2002, colección Clásicos del Pensamiento 112.

———, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1981.

KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1996.

———, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, Barcelona, Ariel, 1995.

LAFUENTE BALLE, José María, *La judicialización de la interpretación constitucional*, Madrid, Colex, 2000.

LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

LINARES, Sebastián, "La independencia judicial: conceptualización y medición", *Política y Gobierno*, México, vol. X, núm. 1, primer semestre de 2004.

LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

LINZ, Juan, "Democracia presidencial o parlamentaria: ¿qué diferencia implica?", *La crisis del presidencialismo.* 1. *Perspectivas comparativas*, Madrid, Alianza Universidad, 1997.

———, "Para un mapa conceptual de las democracias", *Revista Politeia*, núm. 26, 2001.

———, "Totalitarian and Authoritarian Regimes", en GREENSTEIN, Fred I. y POLSBY, Nelson W. (eds.), *Handbook of Political Science*, vol. 3: *Macropolitical Theory*, Massachusetts, Addison-Wesley Publishing Company, 1975.

LLEDO PÉREZ, Juan A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996.

LLEWELLYN, Karl, "Una teoría del derecho realista: el siguiente paso", en CASANOVAS, Pompeu y MORESO, Juan José (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994.

LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Alba, 1987.

LÓPEZ AGUILAR, J. F., "La independencia de los jueces", *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 51, abril de 1995.

LORA DELTORO, Pablo de, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

LUCAS, Javier de y AÑON, María José, "Necesidades, razones, derechos", *Doxa*, núm. 7, 1990.

MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.

———, "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", en BETEGÓN, Jerónimo y PÁRAMO, Juan Ramón de (coords.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, 1990.

———, "Retórica y Estado de derecho", *Isegoría. Revista de Filosofía y Política*, Madrid, núm. 21, noviembre de 1999.

MACKINNON, Catherine A., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra, 1989.

MADISON, James, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

MALEM, Jorge, "La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart", en VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1988.

MANASSERO, María de los Ángeles, *De la argumentación al derecho razonable*, Pamplona, Eunsa, 2001.

MANIACI, Giorgio, "Algunas notas sobre coherencia y balance en la teoría de Robert Alexy", *Isonomía*, México, núm. 20, abril de 2004.

MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1992.

MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, 1997.

MENDONCA, Daniel, "Aplicación del derecho", *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996.

———, *Introducción al análisis normativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1985.

MORTATI, Costantino, *La Constitución en sentido material*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

MÜLLER, F., "Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989.

NAVARRO, Pablo y MORESO, José Juan, "Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas", *Isonomía*, México, núm. 5, octubre de 1996.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

———, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

———, "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", *Cuadernos y debates*, Madrid, núm. 29, 1991.

OLIVERCRONA, Karl, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Barcelona, Labor, 1980.

OTTO Y PARDO, Ignacio de, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en MARTIN-RETORTILLO, L., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Cívitas, 1988.

OVEJERO, Félix, "Democracia liberal y democracias republicanas", *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 111, abril de 2001.

PAINE, Thomas, *Derechos del hombre*, Madrid, Alianza Editorial, 1984.

PAREJO ALFONSO, Luciano, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981.

PÁSARA, Luis, "Justicia y ciudadanía realmente existentes", ponencia presentada en la División de Estudios Políticos y Estudios Jurídicos del CIDE, México, 28 de septiembre de 2001.

PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Cívitas, 1979, reimp. de 1988.

——— y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, "Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico?", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 98, octubre-diciembre de 1997.

PINTORE, Anna, "Derechos insaciables", en FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

———, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milán, Giuffrè, 1982.

PISSARELLO, Gerardo, "Por un concepto exigente de Estado de derecho (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)", *Revista Sistema*, núm. 134, mayo de 1988.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, ITAM-Fontamara, 1997.

———, "Cuatro preguntas a propósito de Dworkin", *Ronald Dworkin. Estudios en homenaje. Revista de Ciencias Sociales*, Chile, núm. 38, 1993.

———, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.

———, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987.

———, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

———, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", núm. 7, Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998.

———, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

RAWLS, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993.

RAZ, Joseph, "El Estado de derecho y su virtud", *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-ITAM, Siglo XXI, 2002.

———, *Razonamiento práctico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

REALE, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho*, Madrid, Tecnos, 1997.

REBOLLO, Luis Martín, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

RICOEUR, Paul, *La metáfora viva*, Editorial Europa, 1980.

ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991.

———, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.

———, *Lógica de las normas*, Granada, Comares, 2000.

———, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

———, *Sobre el derecho y la justicia*, 2a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 1997.

ROUSSEAU, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

RUIZ MIGUEL, A., "Creación y aplicación en la decisión judicial", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1983.

RUIZ SANZ, Mario, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2002.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Reforma judicial. Los sistemas de designación de magistrados y la escuela judicial en el derecho argentino y comparado*, Buenos Aires, Astrea, 1978.

SÁNCHEZ CUENCA, Ignacio y LLEDÓ, Pablo, *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

SANZ MORENO, José Antonio, *Ordenación jurídica y Estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*, Granada, Comares, 2002.

SASTRE ARIZA, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.

———, "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003.

SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1997.

SCARPELLI, Uberto, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, Puebla, México, Cajica, 2001.

SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, prólogo de Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1998.

———, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990.

———, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

SEOANE, José Antonio, "Un código ideal y procedimental de la razón y práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy", *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Granada, Comares, 2003.

SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Argentina, La Ley, 2000.

SUÁREZ LLANOS, María Leonor, *Teoría feminista, política y derecho*, Madrid, Dykinson, 2002.

SUMMERS, Robert S., *La naturaleza formal del derecho*, México, Fontamara, 2001.

———, "Los principios del Estado de derecho", *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-ITAM, Siglo XXI, 2002.

———, "Two Types of Substantive Reasons. The Core of the Common Law Justification", *Cornell Law Review*, 1978.

TOULMIN, Stephen E., *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958.

TRIBE, Laurence, *Constitutional Choices*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985.

TROCKER, N., "La responsabilità del giudice", *Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile*, 4, 1982.

TROPER, Michel, "El Poder Judicial y la democracia", en MALEM, Jorge *et al.* (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003.

———, *Ensayos de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2004.

———, *Por una teoría jurídica del Estado*, Madrid, Dykinson, 2001.

TUGENDHAT, Ernst, *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1997.

———, *Problemas*, Barcelona, Gedisa, 2001.

ÚRSUA, José Francisco, "Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos", *Isonomía*, México, núm. 20, abril de 2004.

VATTIMO, Gianni, *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura postmoderna*, Barcelona, Gedisa, 2000.

VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

VELASCO ARROYO, Juan Carlos, "El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas", *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid, núm. 21, 1999.

VERNENGO, Roberto, "Interpretación del derecho", en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996.

———, *La interpretación jurídica*, México, UNAM, 1977.

———, *La interpretación literal de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.

———, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, reimp. de 1987.

VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

VIOLA, Francesco, "La crítica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto", en JORI, Mario, *Ermeneutica e filosofia analitica*, Turín, Giappichelli, 1994.

VITURRO, Paula, "El carácter político del control de constitucionalidad", *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

VON WRIGHT, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1979.

WAISMANN, Friederich, "Verificabilidad", en PARKINSON, G. H. R. (ed.), *La teoría de significado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976.

WALDRON, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1985.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

Jaime Cárdenas Gracia

Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid y por la UNAM; ha desarrollado investigación posdoctoral en las universidades de Yale y Georgetown; investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Sus publicaciones se han centrado, hasta el momento, en temas vinculados a la filosofía política, la democracia interna de los partidos políticos, la transición a la democracia, la revisión del sistema constitucional mexicano, el análisis comparado del derecho latinoamericano y, desde luego, los asuntos electorales.

Entre sus obras destacan: *Transición política y reforma constitucional en México*; *Una Constitución para la democracia*; *Crisis de legitimidad y democracia interna de los partidos políticos*; *Lecciones de los asuntos Pemex y Amigos de Fox*; en coautoría: *Estudios jurídicos en torno al Instituto Federal Electoral*.